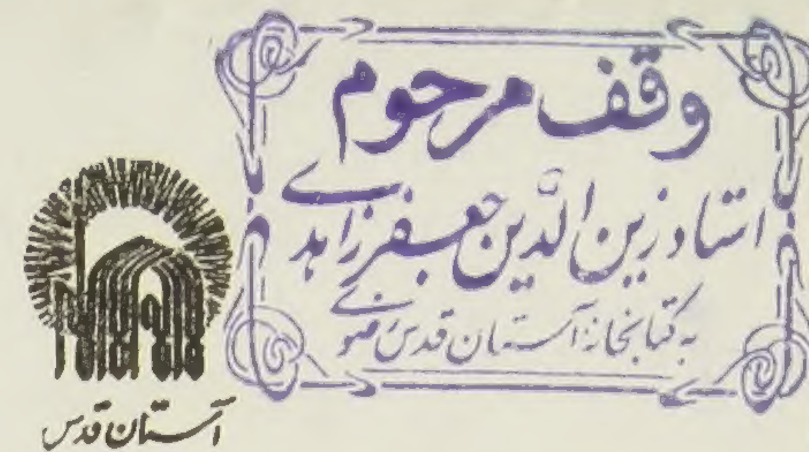
بسمه تعالی
کتاب الضمان والمضاربین الجواهر
اشتریته بقیمة تغییر مجمع البیان
والمجلد الاول من وسائل الشیعه

زین الدین جعفر زاهدی
۱۰۱

امانت ... عتیقی

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام
(ع.ط)
موضوع فقه استدلالی شیعه
مولف: شیخ المشایخ واستاد الاساتید شیخ محمد حسن بن شیخ باقر نجفی اصفهانی
آغاز: بعد از بسمله کتاب الضمان الذی هو عندنا لغة علی ما اعترف به غیر واحد
انجام: هذا آخر الکلام فی هذه المسائل وان اطنب فیها الفاضل فی القواعد
اندازه: (۳۱) ۲۰×۳۰ برگ (۲۵۵)
کاتب: شیخ رضا طالقانی ۲۴ محرم (۱۲۶۴) هجری
خط نسخ مصحح کاغذ صیقلی جلد چرمی
این کتاب با نسخه خط مولف مقابله وتصحیح شده است



ف ۰
۱۳۶۶/۶/۱۹
آستان قدس

کتابخانه مرکزی آستان قدس رضوی

نام کتاب: جواهر الکلام (فی شرح شرائع الاسلام)
مؤلف متن: ابو القاسم نجم الدین جعفر حسن معروف به محقق حلی محشی
شارح: شیخ محمد حسن بن محمد باقر نجفی مترجم
تاریخ تحریر: ۲۴ محرم ۱۲۶۴ هجری نوع خط: نسخ تعداد سطر: ۳۱
جزء کتب: فقه زبان: عربی عدد اوراق: ۲۴۴
طول: ۳۰ عرض: ۲۰/۵ شماره عمومی: ۲۵۲۷۸
وقفی / خریداری تاریخ وقف / خریداری
ملاحظات: کاتب: رضا طالقانی، کاغذ ... نسخه ... جلد ...

اندازهٔ نوشته ها: ۲۲×۱۲/۵

بسم الله الرحمن الرحيم يا موفق يسر ولا تعسر يا كريم

كتاب الضمان

الذي هو عندنا المعنى علما اعترف به غير واحد منا مشتق من الضمن لانه ينقل ما كان في ذمته من المال
ويجعله في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية خلافا لما عن اكثر العامة من انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين
فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة اصلية خلافا لما عن اكثر العامة اصلية وانه لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة وفيه مع الا
يخفى من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه لذلك بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها وهو كما ترى ومن صعوبة تحققه في نحو ضمان
النفس وظهور قوله الزعيم غارم في اختصاص اللزوم به ولغير ذلك مما هو في مذهب الخصم بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد
وقد بينا ان المشغول به في تعاقب الايدي على المغصوب ذمة واحدة وهو من تلف في يده المال مثلا وان جاز له الرجوع على كل واحد والا لزم مناف
للمقطوع به من مذهبنا واما الثمرات على القولين فهي واضحة ضرورة صحة الدور فيه على مذهبنا كان يضمن الاصيل ضامنا او ضامن ضامن دون مذهبهم
والتسلسل كان يضمن اجنبي الضامن وهكذا لتحقق الشرائط عندنا فيرجع ح كل ضامن مع الاذن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل وفي الاول
يسقط الضمان ويرجع الحق كما كان نعم يترتب عليه احكام كظهور اعتبار الاصيل الذي صار ضامنا ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا
الا ما يحكى عن ط من منع الاول لاستلزامه صيرورة الفرع اصلا وبالعكس ولعدم الفائدة ورد بان الاول غير صالح للمانعية والثاني
بذلك وبما سمعته من الفائدة وعلى كل حال فهو بالمعنى الاعم الشامل له بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز عقد شرع
للتعهد بمال او نفس او اداء العقد او نحوهما على حسب ما عرفت البحث فيه في كتاب البيع والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال
وقد لا يكون فاقسامه ثلاثة اقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الاخص الذي يدخل
فيه ضمان الاعيان بناء عليه وممن عليه له مال وهو الحوالة ولكن ستسمع صحة الحوالة على البريء الا ان هذا التقسيم جار على محل الوفاق
او باعتبار هذا القسم من الحوالة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة ليسهل معه الخطب بل الامر كله
سهل وعلى كل حال فالاول ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق الذي هو المعنى الحقيقي
المتبادر عند الاطلاق وما تقدم سابقا من تقسيم الضمان الى الثلاثة لا ينافي ذلك اذ يمكن ان يكون بحسب المعنى المجازي بالعارض وان
كان هو في الاصل المعنى الحقيقي الا انه قد هجر او انه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العام والخاص والاشتهار احد قرائن تعيين
الثاني عند الاطلاق او انه باق على الاشتراك المعنوي الا ان الاشتهار قرينة على ارادة تعيين الاخص عند الاطلاق هذا لكن في لك
انه حقيقة ايضا بالنسبة الى مطلق الضمان وان كانا اي الحوالة والكفالة مجازين بالنسبة اليه بالمعنى الاخص نحو ما قيل في تقسيم مطلق
الماء الى المضاف والمطلق وان كان الاول مجازا بالنسبة الى الماء المطلق وفيه ما لا يخفى اذ لم يرجع الى ما ذكرنا بيان لما لا يخفى من منافاته
للاصطلاح وكونه فردا حقيقيا للمعنى المجازي لا يقتضي اطلاقه عليه حقيقة كما هو واضح ومطلق الضمان انما هو مفهوم لا لفظ خاص اذ
الكلام في لفظ الضمان عند الاطلاق ولعله لذا قال بعد ذكر ما سمعت وفيه بحث وعلى كل حال فيه بحوث ثلاثة اذ البحث في الصيغة وفي
اعتبار لفظ خاص فيها وعدمه قد تقدم البحث فيه في امثاله الكتب السابقة ويأتي انشاء الله بعض الكلام فيه الاول في الضامن ولا بد ان يكون
مكلفا لما عرفته من سلب عبارة غيره في امثال المقام بل لا ايمان يكون مع ذلك جائز التصرف الشامل للعاقل وح فلا اشكال في انه لا يصح
ضمان الصبي ولا المجنون ولو مع اذن الولي ولو ضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه وفاقا للجماعة منهم الشيخ والفاضل في جملة كتبه والشهيد
والكركي على ما حكي عن بعضهم لا لما ذكر في جملة من الكتب من انه لا حاصل له بل لما في الاية من عدم قدرته على شيء المستدل بها على ما قيل في كثير من النصوص على
منعه من التصرف في المال فضلا عنه فيعلم منها مضافا الى ظهور اللفظ في نفسه عدم اختصاص النفي بالمال بل يكون ذلك هو الاصل فيه الا ما خرج وما

وما ثبت في ذمته قهرا من عوض اتلاف ونحوه لا ينافي ذلك ضرورة عدم كون ذلك من قدرته وانما هو من جعل الشارع ولا اقل من الشك لذلك
في تناول العموم لمثله فيبقى اصل بقاء الحق على حاله خلافا لما عن كره ولذا يتضح للعموم السالمة عن معارضة الملكية المقتضية
للمنع من التصرف المنافي لحق المولى ضرورة انه على الصحة يتبع به بعد العتق وهو غير مناف لشيء من حقوق السيد وفيه ان نفي القدرة على
شيء اعم من ذلك نعم لو اذن له مولاه صح عندنا في محكي ط وكره بلا خلاف اجده في محكي كره للعموم بعد معلومية وجود الذمة له القابلة لذلك بدليل
ثبوت عوض ما اتلفه من المال فيها انما الكلام في تعلق ذلك مع الاطلاق بكسبه كما عن احد قولي الشافعية بل ارسله القول به في جملة من كتب
اصحابنا وان كنا لم نتحققه او ذمته ويتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المص ويثبت ما يضمنه في ذمته لا في كسبه الا ان يشترط في
الضمان باذن مولاه بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه والشهيد في اللمعة او يكون على المولى كما لو اذن له في الاستدانة لمصالح نفسه
اذ الضمان قسم منها لا غنا في علي بن مال لذلك في جامع صد ولكن بل نادر الاقل ضعيف انه اذا كان السيد معترفا بيع العبد وان تحقق في كفالة
عن المعسر مع ان العبد لا يباع في الدين او يتعلق برقبته مثل ارش الجناية كما عن بعض الشافعية بل في المحكي عن نسختين منها التحرير لذلك
الا ان الظ ارادة ذمته منها لعدم الدليل على ذلك بعد حرمة القياس عندنا ومعلومية كون الضمان نقل الدين من ذمة الى ذمة كما انه لا يخفى
عليك ما في سابقه ضرورة كون البحث في الاذن من السيد بالضمان على ان يكون الدين في ذمة العبد لا انه وكيل عنه في ذلك او كا
لوكيل على انه فرق واضح بين اطلاق الاذن في المقام وبينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة على ان عليك صحيحا
منها او قيمتها في ذمة المستدين والعبد لا قابلية له لذلك لما حررناه من عدم ملكه لشيء فلا وجه لاطلاق الاستدانة الا على السيد
بخلاف المقام الذي لا ملك فيه فيها ولعل وغيره من بناء الحكم هنا على الحكم هناك الذي لم يخالف في كونه على المولى الا النادر في غير محله قطعا
فليس الشك ح الا في القولين الاولين والاقوى منهما وان كان لم نعرف القائل به من الاصحاب الا انه لا يخ من قوة ان كان المراد به عدم جواز
منع السيد له اذا اراد وفاء ذلك من كسبه باعتبار حصول الاذن منه في اثبات ذلك الحق في ذمته فيتعلق به ح خطاب وفاء الدين كما انه
يتعلق به خطاب مطالبة الديان اما لاستفادة الاذن عرفا في ذلك من الاذن في الضمان او لترجيح ادلة وفاء الدين والمطالبة به
على ما دل على تسلط السيد على عبده باعتبار حصول الاذن منه المقتضية لعدم الحجر عنه وصيرورته بها كالحر المعسر مثلا الذي يجب عليه
التكسب في وفاء دينه او لا يمنع من ذلك لو اراده ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من الكلمات المذكورة في لك وغيرها حتى ما ذكره دليلا للمص
من ان الاذن في الضمان اعم من الاذن في الوفاء من كسبه الذي هو احد اموال السيد بل اقصاها صيرورة ذمة العبد قابلة لثبوت ذلك
فيها اذ هو جيد مع تصريح المولى بذلك اما مع الاطلاق فالمفهوم عرفا تبعية خطاب الوفاء والمطالبة لها على الوجه الذي سمعته
بل قد يستانس له في الجملة بثبوت الكفارة عليه بالاذن له في الاحرام وحرمة قطع الصلاة عليه مع الاذن له بالدخول فيها ونحو ذلك مما
يتبعه الحكم الشرعي بعد الاذن من السيد في موضوعه وعنوانه هذا كله مع الاطلاق واما مع الاشتراط فلا اشكال بل ولا تردد ٢ موضوعه
لذلك في صحته ح وتعلقه ويكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه الذي اشار اليه المص بقوله وكذا لو شرط ان يكون الضمان من
مال معين وان كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضعين ضرورة كون الثاني من اشتراط كون الضمان في مال معين من اموال الضامن
وستسمع تحقيق الحال في ذلك بخلاف المقام فان الكسب ليس من اموال العبد والفرض ان الضمان في ذمته فهو ح نحو الضمان في مال الغير
باذن الغير وقد يشكل في صحته اللهم الا ان يجعل كالرهان مال الغير باذنه على ان الكسب ليس مالا موجودا في الخارج وانما هو
متجدد آنا فآنا ويمكن عدم حصوله اصلا فالاولى ح جعل هذا الشرط على ارادة الاذن من السيد في اداء ما ضمنه من كسبه ودفع
الحجر عنه في ذلك وح فلو اعتق العبد قبل امكان تجدد شيء من الكسب لم يكن اشكال في بقاء الحق عليه فيجب عليه اداؤه من كسبه او من
غيره من المال الذي يحصل له لكن في لك هل يبقى التعلق به بعد العتق ام يبطل الضمان لفوات المحل المعين لان اداء المال لا ينصرف
الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك للمولى وقد فات الظ من كلامهم الاول لان ذلك هو معنى فاذا اعتق صار كسبه وما في يده سواء ودفع ذلك

ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا وانما اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال العبودية لان السيد لا حق له فيه
فلا مدخل لاذنه فيه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء الا ان يلتزم بصحة ضمانه بغير اذن سيده كما مر فهنا اولى قلت ما استظهره
في كلامهم كله وهو دليل على ارادة ما ذكرناه من الشرط المزبور لانه من قبيل الضمان في مال بعينه والا لاتجه فيهما لسمعه من
الكلام في ذلك ثم قال ويتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي عليه لان اذنه له في الضمان
في كسبه كاذنه في الضمان في مال بعينه من امواله فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال على الخلاف ولو قلنا بعدم
عوده اليه فلا اشكال في احتمال عدم لزومه للمولى وان قلنا به فمنه لان الكسب ليس محض مال السيد بل حق له ولهذا قيل لو اعتق
بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضا وليس في كلام الاصحاب هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه
ابتناؤه على مسئلة تعيين الاداء من مال بعينه وهو من غرائب الكلام اذ المفروض ان العبد هو الضامن لا المولى فاي وجه
لاحتمال عود الضمان الى المولى بموت العبد بل بما ذكره من الكلام نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه الا اذا اراد استيفاءه من
الحقوق نحو الضامن المعسر كما هو واضح ولو فرض المقام على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه لم يكن بد من اجراء ما
تسمعه فيه ولا معنى لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلق مع العتق واتحاد الكلام واما الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه
فلم اجد فيه خلافا في صحته لعموم المؤمنون وغيره ويتعلق حق الدين المضمون به لكن في ذلك وغيرها هل هو كتعلق الدين بالرهن
او كتعلق الارش بالجاني وجهان ماخذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن لان موضعه انما هو الذمة وتخصيص هذا المال افاد
انحصار المطالبة الآن فيه لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها وان الضامن لم يشغل ذمته على الاطلاق وانما حصر
الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له فينحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة وتظهر الفائدة في امور
منها التلف بغير تفريط فعلى الاول ينتقل الى ذمة الضامن لان تلف الرهن لا يسقط الحق وعلى الثاني الى ذمة المضمون عنه
لان فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه واما المضمون عنه فانتقال المال عن
ذمته ليس انتقالا تاما لانه لم يتعلق بعينه وانما تعلق بمال تعلقا ضعيفا فاذا مات عاد الى ما كان مع احتمال السقوط عنهما في الحق ضعيف
على التقديرين اما عن الضامن فلانه لم يقدم على الضمان الا في ذلك المال ولم يلزم الاداء عملا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان
فيعود الى ذمة المضمون عنه واما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني فلان الضمان الناقل ناقل بنفسه ذمة
المضمون عنه بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن الابتدائي ولم يحصل لكن لا يخفى عليك ما في اصل الاحتمال الثاني
ضرورة عدم صلاحية الضمان لاثبات مثل هذا التعلق بعد ان كان هو نقل الدين من ذمة الى اخرى وكذا الشرط الذي هو بمعنى الالزام وعلى تقديره
كل وجه فالاحتمال عوده الى ذمة المضمون عنه بعد انتقاله عنها الى المال المخصوص وانما المتجه ان يقال ان هذا الشرط اما ان يكون من المضمون
عنه او الضامن او منهما فان كان الاول تخير مع تلفه في فسخ الضمان والعود الى المضمون عنه وعدمه والزام الضامن الاداء من غيره
وان كان الثاني تخير الضامن وان كان الثالث تخير كل منهما على قاعدة فوات الشرط في غير هذا العقد من العقود اللازمة انه هو بناء على ما
ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لا معنى له الا اشتراط الاداء من المال المخصوص ويمكن رجوع ما ذكره من الرجوع على الضامن
مع التلف مطلقا الى ما قلناه بناء على عدم اختيار الفسخ كما ان ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختياره بطلان الضمان كذلك على
معنى اختيار الفسخ بل هو اولى مما في المسالك من انه يمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير
تلفه بان يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالاداء من المال المعين عملا بمقتضى الشرط ويجعل هذا تعلقا برأسه خارجا عن التعلقين اذ لا
دليل على الانحصار فيهما وانما هو من مناسبات الشافعية ومن ثم يجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط فان التزام المال المعين
المعين لم يتعلق به قصد الضامن ولا دل عليه لفظه اذ هو كما ترى بعد ما ذكرنا منافاة الى معلوميته ان نفوذ الشرط في العقود اللازمة

اللازمة انما يقتضي انتفاء اللزوم لا الصحة والا كان تعليقا كما هو محرر في محله فالتحقيق ما ذكرناه ولا ينافيه دعوى عدم قابلية
عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ونحوهما اذ هي مجرد دعوى لا سند لها بل مقتضى العمومات خلافها بل لعل ذلك كله ظهر
لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامهم ومن تبعه بل وتمام ما ذكره فلاحظه وتأمل ومن ثم فلا ريب في كمال الفرق مع نقصان المال الذي
تعلق الضمان به كما انه لا ريب في كون المطالب بتحصيله الى جنس الحق لما عرفت من كون المال في ذمته وهل المخاطب باداء
هذا المال من الزبيب احتمال عدم ضمانه لنقصانه كاحتمال براءة ذمة الضامن والمضمون عنه بتعذر المال المشروط فيه الضمان
المتقدم سابقا اذ هما منافيان للاصول والضوابط ثم لا يخفى عليك ان اقتصار المصنف على المملوك في التفريع على ما
ذكره من صاد التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلس بل والسفيه وانهما ليسا ممنوعين منه بل هما جائزا التصرف بالنسبة اليه
وهو كذلك في المفلس وان كان لا يشارك المضمون له الغرماء اما السفيه فقد اطلق غير واحد عدم جواز ضمانه لانه تصرف مالي
٢ فكّه كالاقراض والهبة وهو كذلك لكن ربما احتمل الجواز برضى المضمون له على ان يتبعه به بعد فك الحجر لكنه كما ترى ضرورة انه مع الحجر
عليه لا تشتغل ذمته بذلك على وجه يكون مأخوذا به بحيث يتمكن بتركته بعد موته مثلا والا لجاز بيعه كذلك كما هو واضح والله
العالم وكيف كان فلا يشترط علم الضامن باسم المضمون له ولا المضمون عنه كذلك ونسبه كما في القواعد الخلاف
والغنية والتحرير والارشاد ولف وجامع صد ولك وضة والكفاية والمفاتيح والرياض على ما حكي عن بعضها بل نسبه بعضهم
الى الاكثر بل في محكي كره لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا وقيل والقائل الشيخ في المحكي عن طه وتبعه المقداد
في المحكي عن تنقيحه يشترط علمه بذلك لحصول المعاملة بين الضامن ومبينه فافتقر الى معرفته للحاجة وللغرر والغرر بدونه
ذلك عليه ام لا ولانه احسان ولا بد من معرفة محله والا لجاز وضعه في غير اهله فلا يستفيد الا محمدة اللئام ولا ريب في
ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده التي منها العمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي ذلك ضرورة عدم اقتضاء
المعاملة بينهما المعرفة المزبورة كالبيع والاجارة وغيرهما ولا نهي عن الغرر المزبور الذي قد اقدم عليه الضامن والنظر في
استحقاق ذلك لو سلمنا اعتباره لا يقتضي اعتبار المعرفة المزبورة على انه يمكن معلوميته بدونها والاجر لا يتأهل
حبوا كذلك مضافا الى المنقول من ضمان امير المؤمنين عليه السلام درهمين عن ميت امتنع رسول الله من الصلاة عليه
وضمان قتادة الدينارين عن آخر كذلك لكن لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه بلا خلاف
ولا اشكال لضرورة عدم العبرة بالقصد الى ضمان المبهم المتردد في الواقع لعدم الدليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه بل لعله من
المقطوع به الا انه اشكله في ذلك بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي يريد بذكره
المضمون له مثلا في الذمة وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فالدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا تمييز
كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال له اخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان
عن اي من كان عليه الدين ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك وفيه انك قد عرفت كون المراد الامتياز عند الضامن على وجه لا
يكون مبهما بحيث لا يصح معه القصد الى الضمان كما لو قال ضمنت لك احد دينيك مثلا فلا يرد المثال الذي ذكره لانه من الممتاز
على وجه يصلح للضامن قصده وان لم يكن معلوما له بعينه نعم لو اراد الضامن الضمان عمن هو متشخص عنده لم يكتف
بذلك قطعا والى ما ذكرنا يرجع ما عن كره حيث قال وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك
الدين الذي على من كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى
الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن اي من كان فهذا الغريب ما في لك من دعوى موافقة هذا الكلام من كره لما اختاره لا
ذكره المصنف وهو غفلة لتأمل الصادق على ما في المتن واغرب من ذلك ما وقع من بعضهم من انه بناء على اعتبار القبول لفظا كما عليه

الكفن وانه لم يعرض جوابه لمكان تصريحهم بانه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه لا ازيد من ذلك وانه لم نعرضه كما يدل عليه وقعة
الميت المديون الذى امتنع النبى صلى الله عليه وآله من الصلوة عليه حتى ضمنه على لم يعتبر فيه قبول بجهة وهذا هو الظاهر من عبارة للصدوق اعتبر
رضاه ولم يعتبر فيه عقدا ولا قبولا مخصوصا ولا امتياز هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه اذ لا يخفى عليك انه لا اثم
فى اعتبار القبول فيه لانه لا اثم فى كونه من العقود ولكن ذلك لا يقتضى المعرفة المزبورة فيتجه ح ضمانه له وان لم يشخص
وان حصل القبول منه نعم لا بد من الامتياز الذى ذكرناه المقابل بالابهام ولعل اقتصار المصنف على ذكره فى المضمون عنه
للاكتفاء عنه فى المضمون له بما ذكره سابقا انه من العقود ولا ريب فى اقتضائها ذلك قطعا فى اركانها التى منها المضمون
له وبما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل والمظنون ارادة القبول منه المتوقف على التمييز المزبور قطعا
بل لا بد فيه من نظم العقد ح بالاتصال والعربية بل والماضوية والقواعد الوضعية بناء على اعتبارهما وغير ذلك
مما يعتبر فى العقد اللازم وان كان الذى قدمناه التوسعة فى لفظ ايجابه وقبوله وانه يكفى كل ما دل على ذلك على حسب غيره
من الخطابات من غير فرق بين الحقيقة والمجاز والماضوية وغيرها كما اشبعنا الكلام فيه سابقا والمتكلم احد افراده بذلك
كله بان الكلام فى جميع اطراف المسئلة وان ذكر فالاقوى ان فيها اقوالا اربعة تارد د فى اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له
بالوصف والنسب كما عن ط او بما يتميزان به عن الغير خاصة كما فى اللمعة او العدم مطلقا كما عن ف وفى الغنية وهو ظاهر العبارة
وصريح بعض الافاضل فى قواعد الله ولكن وضة او يعتبر معرفة الاول بما يتميز خاصة دون الثانى كما فى لك اقوال اربعة احدها
ثالثها آه ولا يخفى عليك ما فيه بل وما فى مختاره بعد الاحاطة بما ذكرناه كما انه لا يخفى ما فى حكايته عن ف بعد ملاحظة
اخر كلامه بل وما فى تحرير الخلاف المزبور على الوجه المذكور بل لولا شهرة حكاية الخلاف عن ط لامكن حمله بقرينة تعليله
على ارادة معلومية الحق وهو غير ما نحن فيه وكيف كان فلا اشكال بناء على ما عرفت فى انه يشترط رضا المضمون له فى صحة الضمان
بل لا خلاف معتد به اجده فيه بل فى محكى التحرير والغنية الاجماع عليه وهو الحجة بعد الاصول المقتضية فى الخروج عنها الى
الضمان بدون المضمون له وصحيح بن سنان عن الصادق ع فى الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضى به
الغرماء فقد برئت ذمة الميت وفى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا ع وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت
ضمانه فالميت قد برئ وقد لزم الضامن رده مضافا الى ما فى انتقال الدين من ذمة المديون الى اخرى بدون رضا الديان
من الفساد وضياع حقوق الناس المعلوم ضرورة من الشريعة خلافه والى ما يشعر به ما سمعته من خبر عبد الله بن الحسن
وغير ذلك مما عساه يظهر مما عرفت من اعتبار رضاه او يدعى ان الخلاف فى ذلك واضح الفساد واغرب من ذلك الاحتجاج له
بضمان امير المؤمنين ع وابى قتادة الدين عن الميت ولم يسئل النبى ص عن رضا المضمون له الذى هو بعد الغض عن سنده
معارض لا دلالة فيه على ذلك بل لعله دال على خلافه ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذى هو عبارة عن الايجاب
والقبول وحده ليس بضمان مع حاجته ح الى الجواب بانها واقعة لا عموم فيها وبان ذلك انما يدل على عدم البطلان
قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له وبان النبى ص قد قبل لانه اولى بالمؤمنين من
انفسهم وبحصول الاذن الحرى من المضمون له وبغير ذلك مما لا يخفى ما فيه بعد معلومية امتناع النبى ص عن الصلوة عليه
من جهة شغل ذمته وانها برئت بالضمان فضلا عن الضمان الفضولى لا يفيده برائة فعلية وان ولاية النبى ص فى غير
قبول العقود والنحو عليها تكون فى تحقق البرائة فمعك فالتحقيق ح فى الجواب ما عرفت والغرب من ذلك الاستدلال له
بموثق اسحاق بن عمار عن ابى عبد الله ع فى الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول له وليه على دينك قال يبرئه ذلك وان
لم يوفه وليه من بعده وقال ارجوا ان لا يأثم وانما اثم على الذى يحبسه الذى هو مطلق محمول على المقيد وبموثق الحسن بن الجهم

٣

بن الجهم سئلت ابا الحسن ع عن رجل مات وعليه دين وخلف ولدا رجالا ونساء وصبيانا فجاء رجل منهم فقال انت فى حل مما لاخوتى واخواتى
وانا ضامن لرضاهم عنك قال تكون فى سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قال ذلك فى عنقه قلت فان رجع الورثة على فقالوا اعطنا حقنا
فقال لهم ذلك فى الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله فانت فى حل منها اذا كان الرجل الذى احلك يضمن رضاهم قلت فما تقول فى الصبى لامه ان تحلل
قال نعم اذا كان لها ما ترضيه وتعطيه قلت فان لم يكن لها مال قال فلا قلت فقد سمعتك تقول انه يجوز تحليلها فقال انما اعنى بذلك اذا كان
لها مال وصحيح حبيب الخثعمى عن ابى عبد الله ع قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ الا ان يكون
له وفاء قال قلت ارأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه قال نعم الذى لا يخفى عليك مخالفة ظ الاول — لا لرعاية
للاجماع باعتبار اشتماله على الابرائة من دون اذنهم وانما ضمن رضاهم وهو ليس من الضمان المصطلح وتأويله الضمان من دون رضاهم ليس
باولى من ضمانه برضاهم ولكن لا بينة له على ذلك فكان فى الحكم الظاهر لهم مطالبته مع انكارهم لذلك واما الثانى فليس الا على جواز الاخذ
من الوديعة اذا لم يكن له مال وكان قد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه ولا ريب انه خارج عما نحن فيه ومحمول على اذن المودع بذلك لمن الغريب
وسوسة بعض متأخرى المتأخرين فى الحكم المزبور لذلك مما هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت خصوصا بعد كون المسئلة من قطعيات
الفقه وض ورماية بل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن ومناف للشرع بل قد عرفت انه لا بد من رضا المضمون له بعنوان القبول
الذى يتم به العقد لما عرفت من الفرو غيته عن كون الضمان عقدا يفتقر الى الايجاب والقبول بل لا بد فيهما من جميع ما هو معتبر فى
العقود اللازمة من الاتصال والعربية وغيرهما ثم يقوى عندنا فيه وفى غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ مخصوص ولا هيئة مخصوصة
بل كل ما افاد انشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية او بالمجاز ونحو ذلك كما اوضحناه فى البيع وغيره ومنه يعلم ح تحقق عقد الضمان بنحو على
دين زيد او عندى ونحوهما مما يقصد به انشاء التعهد بذلك وقرنه القبول من المضمون له فما عن الايضاح والمقدس الاردبيلى من اعتبار
الرضا دون القبول العقدى لانه التزام واعانة للمضمون عنه وتوثيق للمضمون له فلم يكن هو على قواعد المعاملات واضح الضعف كقوله فى
عد وفى اشتراط قبوله احتمال اذ الجميع كما ترى ضرورة عدم منافاة التوثيق ونحوه للعقدية اذ هو كالرهن بل اولى لما فيه من
انتقال المال عن ذمة الى ذمة اخرى على ان الاصل عدم ترتب شئ عليه اذا لم يكن بصورة العقد نعم لا عبرة برضا المضمون عنه بلا خلاف اجده فيه بل
الاجماع بقسميه عليه لان الضمان كالقضاء للدين المعلوم عدم اعتبار رضا فيه ولاطلاق الادلة وعمومها ولما سمعته من واقعة ضمان امير المؤمنين
وغيره عن الميت بل لو انكر وابى بعد الضمان لم يبطل على الاصح للاصل وغيره من الادلة التى سمعتها خلافا لما فى النهاية ملاحظا بتبرع الضامن
من غير مسئلة المضمون عنه وقبل المضمون له تقدم برئ المضمون عنه الا ان ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرع ويكون الحق على اصله لم ينتقل
عنه بالضمان وربما تبعه عليه غيره لكن لم نجد له دليلا بل ظاهر الادلة خلافه وانه لا عبرة برضاه ولا رده واباؤه مانع سببيته كانه ذلك قبل
الضمان او بعده ومما سمعته من النهاية يعلم ارادة ما فسرناه من الانكار فى عبارة المتن لا حجود ضمان الضامن الذى قد يفرض اعترافه
بالضمان على انه لا وجه لاحتمال الضمان بذلك وكيف كان فمع تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرأ
المضمون عنه وح تسقط المطالبة من المضمون له عنه لعدم الحق له فى ذمته بلا خلاف فى شئ من ذلك عندنا ولا اشكال بل الاجماع
بقسميه عليه بل لعله من ضروريات الفقه لم قد عرفت مخالفة الجمهور فى ذلك باعتبار ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة اخرى وبطلانه
وح فلو ابرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن من هذه الحيثية على قول مشهور لنا بل مجمع عليه بيننا ضرورة عدم المحل للبرائة
المزبورة لما عرفت من برائة ذمته بالضمان عندنا وانما محلها ح ذمة الضامن فاذا ابرئه برئا معا وان كان الضمان بالاذن لعدم
استحقاق الرجوع عليه الا بالاداء الذى قد انتفى محله بالابراء فينتفى الحق عنه للضامن الذى قد فرضنا برائة ذمته من المضمون له
نعم قد يقوى باستفادة برائة ذمة الضامن من برائة ذمة المضمون عنه وان لم يكن لها محل باعتبار ظهور ذلك فى ارادة رفع اليد عن هو
عليه وان كان متعلقها المضمون عنه الا ان ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة لا من حيث دعوى

ولا دليل على ارادة البرائة للضامن ايضاً مع انها اوضح المنع على موضعها مع عدم البرائة وكل ذلك تفريع على مذهبنا اما على مذهب الجمهور فلا اشكال فى صحة البرائة المزبورة لان الحق باق عندهم بل المحكى عنهم ان برائة ذمة الضامن لا يقتضى برائة ذمة المضمون عنه بخلاف العكس لانها من قبيل الوثيقة عندا لو ثبات فتلفها لا يقتضى سقوط الحق بخلاف برائة ذمة المضمون عنه فانها تقتضى برائة ذمة الضامن التى هى وثيقة على ذمة المضمون عنه المفروض برائتها فتنفك فى الوثيقة وهى كما ترى قياس واستحسان وتحدس لا يوافق اصول الشريعة وقواعدها ولعل قول المقنعة على قول مشهور لنا اشارة الى ما ذكرناه لا من الاحتمال لا لوجود خلاف فى المسئلة اذ قد عرفت انها من قطعيات فقه الشيعة امضى متيانه والله العالم وكيف كان فلا خلاف عندنا فى انه يشترط فى لزوم الضمان الملائة او العلم من المضمون له بالاعسار والصابر بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه ما السرائر نسبته الى اصحابنا وهو مع صدكاظاهر هم ان هذا الحكم موضع وفاق ولعل ذلك مضافا الى قاعدة الضرر وبناء الضمان على الارتفاق وارادة الاداء وما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم المتقدم وما تسمع من النصوص فى الحوالة الدالة على ذلك وهى فى الضمان خير عجيد لها لحكم المزبور وح فاذا كان الضامن مليا او معلوم الاعسار عند المضمون له لزم الضمان بلا اشكال ولا خلاف اما لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه قيل ولعله كالبيع الى اجل مثلا فبان اعسار للفرق الواضح بينهما بالنسبة الى الاداء لكن ذلك اذا كان معسرا حال الضمان اما اذا تجدد فلا خيار له لاصالة اللزوم بل قد يقوى عدم الخيار ايضا لو كان معسرا حال الضمان ولم يعلم به الضامن حتى تجدد يساره للاصالة ايضا ولا ينافى الخيار المزبور سبق رضا المضمون له بضمانه حال عدم العلم باعساره كما انه لا فرق فى ثبوته بين اعسار المضمون عنه وعدمه لاطلاق الفتوى المقتضى ايضا عدم الخيار مع الملائة وان لم يكن وفيا بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر او تعسر الاستيفاء ولكنه لا يخ من نظر بل ظاهرهم ان الاعسار كاف فى ثبوت الخيار المزبور وان كان الضمان مؤجلا وان الاعسار حين الضمان كاف فى لزومه وان اعسر عند الاجل كل ذلك مع عدم العلم به كما عرفت والا فمع العلم او الرضا به على كل حال فلا اشكال وقد ضمن عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماء وطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال لى عندى ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من ابنى عمى على بن الحسين او عبد الله بن جعفر فقال الغرماء عبد الله بن جعفر ملى مطول وعلى بن الحسين لا مال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة بحلا فقال القوم قد رضينا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح الله له المال فاداه ثم ان هذا الخيار على الفور او التراخى وجهان ذكرناهما فى نظائره وقلنا ان الاصل يقتضى الثانى منهما كما اعترف به بعض [illegible] وكيف كان فالضمان المؤجل للدين الحال جائز بلا خلاف اجده كما اعترف به بعضهم بل اجماعا كما فى التذكرة ومحكى التنقيح وايضاح نعم وغيرها للعمومات السالمة عن المعارض اذ هو تاجيل للدين لا تعليق للضمان الى الاجل واحتمال كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه بحيث لا يختلف فى حلوله وتاجيله لا قائل به ولا ينافى هو عليه بل مقتضى العمومات خلافه نعم هل يكون هذا الاجل اجل للدين او هو اجل للضمان وتظهر الثمرة فيما لو ادى الضامن قبل الاجل فانه لا يستحق الرجوع على الاول بخلاف الثانى الذى لا يخ من قوة بل هو صريح لك وغيرها فى المسائل الاتية واما ضمانه للدين المؤجل بان يزيد اجله او ينقص منه فلا اجد فيه خلافا محققا لك بل فى ظاهر المتن انه من معقد الاجماع بل يحكى دعوى الاجماع عليه بل عن فخر الاسلام ان ضمان المؤجل عند اجله يصح اجماعا وعن [illegible] وايضاح فمع ان ضمان المؤجل بازيد من اجله يصح اجماعا مضافا الى انه مقتضى العمومات نعم ربما ظهر من تعليل المنع فى المسئلة الاتية المنع فى الثانى باعتبار عدم الارفاق فيه كما انه يستفاد المنع فيما لو كان الاجل انقص مما تسمعه من تعليل فخر الاسلام والكركى المنع فى بعض الصور الاتية بانه ضمان ما لم يجب الا ان الجميع ستعرف ضعفه على انه لا معنى لاثبات الخلاف من امثال هذه التعليلات التى تذكر وبيان للمخالف غيره وخبر بيع الجواز ح فى جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالاذن والتبرع وفى الضمان الحال تردد وخلاف فى محكى المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس او مال الا باجل وفى محكى الوسيلة انما يصح

الضمان بتعيين اجل المال وعدّ فى محكى الغنية من شروط صحته ان يكون الى اجل معلوم ثم عن شرطين اخرين وادعى الاجماع وظاهر هذه العبارات اعتبار الاجل فى الضمان على نحو اعتباره فى السلم وهو الذى اشار اليه فى المتن بقوله تردد ولكن اطلاق الجواز لغير من عرفت من الاصحاب حتى من الشيخ فى المحكى عنه للعمومات السالمة وهو الاقوى عن معارضة ما يقتضى اعتبار الاجل فيه كالسلم واجماع الغنية بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له ومصير من عرفت من الاصحاب الى خلافه يضعف الظن به بل فى محكى السرائر وقد يوجد فى بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا باجل والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلابد من ذلك ولا يصح الا باجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون اجل وكذا اذا اطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا فى ط وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده ومقتضى ذلك خروج المسئلة ح عن الخلاف اذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك مؤيدا بعدم العثور على دليل يدل على اعتبار الاجل فيه نحو اعتباره فى السلم وح يكون وجه الخلاف فى المسئلة اعتبار الاجل فى الضمان وعدمه وهذا هو الظاهر من العبارة من غير مدخلية لحلول الدين واجله فالمؤجل ح جائز اجماعا من هذه الجهة سواء كان الدين حالا او مؤجلا وسواء اتفقا الاجل او اختلفا والحال فيه خلاف سواء كان الدين حالا او مؤجلا م لمن الريب فالذلك حيث انه بعد ان ذكر الصور الاثنى عشر المتصورة فى المقام التى هى الضمان حالا او مؤجلا عن حال او مؤجل متساويين فى الاجل او متفاوتين فهذه ستة وهى اما ان تكون عن تبرع او سؤال المضمون عنه فيكون اثنى عشر قال وكلها جائزة على الاقوى الا ان موضع الخلاف فيما غير محرر اذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور وان التعليل للمنع بالارفاق فى لك وغيره لا ينبغى ان بتحصيله منه خلاف فى المسئلة نعم فى ضمان المؤجل حالا او انقص من اجله خلاف من بعض المتأخرين كالفخر والكركى بل ستسمع الرد فيه من الملك فى المسئلة الثامنة لانه ضمان ما لم يجب ولان الفرع لا يرجح على الاصل ولان مشروعية الضمان على نقل الدين على ما هو عليه وفيه ان المضمون المال والاجل انما هو من التوابع والحقوق فمع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط بل لم يسقط اذا كان بعقد لازم وهو واجب غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا بعد التراضى باسقاط الاجل الذى هو كما يثبت للحال بالعقد يسقط ايضا عن المؤجل به وقاعدة عدم رجحان الفرع على اصله لا دليل على وجه يجرى فى المقام كدعوى ان مشروعية الضمان على نقل الحق بوصفه الى ذمة الضامن والحلول صفة مغيرة لم يشرع فيه الضمان والفرق بين ضمان الحال مؤجلا وبالعكس لعدم تشخص المال بالحلول الذى هو عدم الاجل بخلاف العكس اذ هى كما ترى لا حاصل لها ومرجعها معا الى شرط فى عقد الضمان عند تحت المؤمنون واوفوا [illegible] وغيرهما من غير فرق بين اقتضائه تاجيل الحال وبالعكس وبذلك كله ظهر لك التحقيق فى المسئلة وتحرير موضع الخلاف فيها واما احتمال المنع فى ضمان الحال حالا والمؤجل بمثل اجله او انقص الناشى من تعليل المنع للضمان الحال فى لك بالارفاق خلاف ما فى المسئلة وعلى تقديره فهو واضح الضعف ضرورة عدم ثبوت اعتبار الارفاق فيه على وجه يقتض ذلك خصوصا بعدم عموم الفائدة فيه بذلك كما هو واضح بقوا اهلهام فانه لو ضمن المؤجل حالا او انقص باذن المضمون عنه كله او معظم فهل يكون الدين على المضمون عنه كله او فرق بين الاطلاق والتصريح فيحل ما عليه بالثالث الاول او لا رجوع للضامن عليه ما دام الى بعد انقضاء الاجل الاصلى للدين وجوه بل اقوال ثالثها التحديد والفاضل فى المحكى عن مختلفه وظاهر تحريره بل قيل انه الذى استقر عليه رايه فى كرة على الاذن ضمنا لعدم المقتضى لسقوطه اذ الاذن للضامن بالضمان حالا فضلا عن الاطلاق اعم من ذلك بل لعل اقصاها الحلول بالنسبة الى ذمة الضامن دون ما فى ذمة المضمون وفى محكى التنقيح الاول لان الضمان فى حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره فى قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال الموجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلتنا وله التعجيل الذى قد عرفت اقتضائه ذلك وعن ظاهر التذكرة لبعض المتأخرين الثانى ولعله الاقوى ضرورة عدم اقتضاء الاذن فى الاطلاق التعجيل فلا دلالة فيه عليه فيكون كالمتبرع ح به ولعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع فى الاطلاق وجعل الاشكال فى التصريح بل هو المحكى عن كرة ثم لو فرض ارادة ذلك منه

ولو بالقرائن المخرجة للرجوع عليه به لانه كالتصريح بالتبرع الى ذلك ولعله لذا جزم في محكي الايضاح بالرجوع مع التصريح وجعل الاشكال
في الاطلاق من احتمال اقتضائه الاذن في التحميل وعدمه وقد عرفت عدم اقتضائه كما انك قد عرفت عدم الاشكال في الرجوع مع
التصريح خصوصا اذا ضم اليه مع ذلك الرجوع عليه نعم والله العالم وكيف كان فقد ظهر لك مما ذكرناه مكررا انه لو كان المال
حالا فضمن مؤجلا جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن الا بعد الاجل بلا خلاف فيه عندنا ولا اشكال
نعم قد عرفت ان هذا الاجل للضمان لا للدين فلو مات الضامن حل واخذ من تركته ورجع الورثة على المضمون عنه وكذا لو دفع
الضامن معجلا باختياره لاسقاط حقه بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا من المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله
بموته مثلا لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الاخر ولو كان الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى ازيد من ذلك الاجل
جاز بلا خلاف ولا اشكال لكن ان ادى قبل حلول الاجل الاصل لم يكن له مطالبة المضمون عنه الا بعده وان ادى بعد حلوله
عليه وقبل حلول اجل نفسه طالب لانه قد صار الاصل حالا والزيادة للضامن واسقاط حق نفسه من الاجل الزائد
وكذا العقل لو مات وادى وارثه نعم لو قلنا بان الاجل للضمان لا للدين اتجه مراعاته للمضمون عنه وان حل على الضامن او سقط
كما هو واضح ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو ادى بغير اذنه بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه
وفي الخبر سألته عن قول الناس الزعيم غارم فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال وفي آخر عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح
عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه كل ذلك مضافا الى اصالة احترام مال المسلم وضمانه الاداء اذا لم يعلم جهة التبرع به والتأدية
وان كانت بغير اذنه الا ان الضمان الذي هو سبب في وجوبها قد كان باذنه بل في الحقيقة الاذن اذن فيها ولا يرجع ان ضمن
بغير اذنه ولو ادى باذنه بلا خلاف فيه ايضا بل الاجماع بقسميه عليه والخبران منزلان على ما اذا اذن ثم قد يقال بالرجوع لو ادى
باذنه المصرح فيها بالرجوع عليه به لقاعدة الاحترام المذكورة ولا ينافيها وقوع الضمان بغير اذنه فانه لا ينافي تبرع المضمون
بالوفاء فقوله ح ادّ عني وانا ارجع به علي كقوله لاجنبي ادّ عني الضامن المتبرع وارجع به علي فيقع فرض تأدية الضامن بعنوان
امتثال امر المضمون عنه وبقصد الرجوع عليه فيتجه ح رجوعه عليه وان كان اداؤه عن نفسه لكن من المتبرع به عنه فما عن بعض
من الاشكال في الرجوع ايضا في الصورة المذكورة التي مرجعها الى دعوى عدم دليل على الرجوع عليه بالقول المذكور لا يخ من نظر
او منع بعد ما عرفت والله العالم وعلى كل حال فلا خلاف اجده في انه ينعقد الضمان بكتابة الضامن او المضمون عنه مع عجزهما
عن النطق منضمة الى القرينة الدالة على قصد انشاء ذلك لا مجردة عن ذلك لاحتمالها ح العبثية وغيرها بل ظاهرهم ذلك
وان تمكن من التوكيل بل الظاهر عدم الفرق بينها وبين غيرها من الاشارات المفهمة لعدم ما يدل على اختصاصها بذلك بل العمدة في
الاكتفاء بها بعد عدم الخلاف فيه فحوى الاكتفاء باشارة الاخرس التي لا فرق فيها بين الكتابة وغيرها وقد تقدم في البيع ما
يستفاد منه الاكتفاء بالكتابة مثلا مع الاكراه على السكوت ظاهرا وغير ذلك فلاحظ وتامل البحث الثاني في الحق المضمون
وهو كل مال ثابت في الذمة ومرجعه الى ما في عد من ان شرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار
والمهر قبل الدخول بل قيل ان الاول اجماعي معلوم ومحكي فظ وغيرها بل فيها او غيرها ايضا الاجماع صريحا على الثاني وفي محكي
كره لو قال الغير مهما اعطيت فلانا فهو علي لم يصح اجماعا هذا ولكن لم اجد تصريحا في اندراج العمل في الذمة في المال وعدمه
نعم في اللمعة ان ضابطه ما جاز عقد الرهن عليه وربما يستظهر منه اندراجه فيه بل هو من المال قطعا لو كان منفعة دابة كلية
مثلا او عبد ك بل لعل جميعه من المال بدليل جواز جعله عوضا في البيع والنكاح والخلع وغيرها مما يعتبر فيها المال وعن كره ان
يكون مما يصح تملكه وبيعه وهو كالصريح في عدمه ولا ريب ان العمومات تشهد للاول كما اني لم اجد من تعرض للجمع بين ذكر الشرط
المذكور والتصريح بضمان الاعيان والعهدة والصنعة وغير ذلك مما تسمع انش بل في المتن وغيره هنا ما ينافي ذلك فانه قال بعد

٣ الغنية م

ذلك مما سمعت سواء كان المال في الذمة مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار او معرضا للبطلان كالثمن في مدة الخيار
بعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع عينا ولا عهدة لعدم دخوله تحت يده اما بعده فيصح ضمانه عن البائع عهدة
لو ظهر المبيع مستحقا مثلا وهو كما ترى لا يجامع الضابط المذكور ضرورة عدم كون المضمون في هذا الحال مالا في الذمة بل هو من
ضمان الاعيان نعم لو ضمن الثمن عن المشتري للبائع كان ضمانا للمال في الذمة بل وكذا لو ضمن عنه عهدته لو خرج مستحقا للغير
اذا كان الثمن غير معين والا بطل البيع فلا ضمان ح لجهله نعم اذا لم يكن معينا فان الضمان ح صحيح لانه في الحقيقة
لمال في الذمة وهو الثمن الكلي وكذا لو كان معينا مثلا وكان المضمون عن المشتري ارشه الذي هو ايضا مال كلي في الذمة
وبذلك يظهر لك ان ضمان العهدة هو من ضمان العين او من ضمان المال في الذمة وليس هو شيئا مستقلا لكن في الك ان
الفرق بين ضمان العهدة والمال نفسه يظهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي
في ذمة زيد فعلك ونحوه وضمان العهدة ضمنت لك عهدته او دركه او نحو ذلك واما المعنى فظاهر اذ ضمانه نفسه يفيد
انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك بل انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات ولا
يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المذكور بلفظ الدرك ضرورة انه على كل حال ضمانه يقتضي انتقال الثمن
لو كان في ذمة المشتري الى ذمة الضامن الا انه لما كان في الظاهر متزلزلا بالدفع المذكور لم يحكم به فاذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقا
للغير مثلا حكم بانها دفعة الضمان المذكور لمحله فيترتب عليه حكمه من الانتقال الى ذمة الضامن وفراغ ذمة المضمون عنه وهذا
معنى ضمان دركه والا فلا دليل على مشروعيته مستقلا على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المذكور كما هو واضح وبذلك كله يظهر لك
ما في المتن وك ولعل عبارة الفاضل في عد السابقة احسن من عبارة المتن لاقتصارها على بيان صحة الضمان للمال الثابت في
الذمة مستقرا او متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ولا ريب في ظهور ارادة ضمانه عن المشتري للبائع وهو الذي
ذكره الشيخ في المحكي عن ط حيث نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين من صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد
الدخول والاجرة بعد دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل انقضاء الاجارة والمهر قبل الدخول قال
فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها ايضا بلا خلاف واما ضمان العهدة فهي مسألة مستقلة سيذكرها المص في
اللواحق لا مدخل لها بما نحن فيه فلاحظ وتدبر وكذا يصح ضمان ما ليس بلازم ولكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل
ما شرط عليه من العمل وكمال السبق والرماية وفاقا للمحكي عن ط والتحرير ولف ومجمع البرهان بل وكره الا انه قال اذا شرع في
العمل بل لعله المراد مما عن الخلاف والغنية يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ما شرط الجعالة به بناء على ارادة الكشف من الشرط
المذكور بقرينة استدلالهم عليه بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله الزعيم غارم ومرجع الثاني الى العمومات التي هي
العمدة مضافا الى ما عن لف من الاستدلال عليه بمسيس الحاجة اليه فجاز ضمانه كقوله الق متاعك وعلي ضمانه والى ما عن كره من وجود
سبب الوجوب وانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ولكن مع ذلك كله قال المص على تردد ينشأ من اصالة
عدم سببية عقد الجعالة للثبوت في الذمة وانما هو جزء السبب الذي هو مع العمل فيكون الضمان ح قبل تمامه ضمان ما لم يجب
والآية الشريفة محمولة مع ارادة التعهد العرفي لا العقدي ضرورة عدم قبول مضمون لم يثبت له حق في ذمة الجاعل او على ارادة
بيان ان الجعل منه على ذلك لا على الملك او على غير ذلك والعمومات بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقلا من ذمة الى اخرى منزلة
لا يشمل المفروض الذي لم يثبت بعد في الذمة ولا حاجة ماسة الى ذلك على وجه يستدل بها على مشروعيته كما لا سبب للوجوب
قبل تمام العمل وانتهاء الامر الى اللزوم بعد عدم الثبوت ممكن لا يجدي نعم لو قلنا ان عقد الجعالة سبب تام في الثبوت
في الذمة وان عرضه البطلان بعد تمام العمل او بالفسخ او نحو ذلك اتجه ح صحة ضمانه للثبوت في الذمة فعلا وان كان

معوضا للبطلان لانه لا ينافي صحة الضمان وكذا يصح لو قلنا بان العمل من الشرائط الكاشفة لكن بتمام العمل او بالفسخ او نحو ذلك انه
ح صحة ضمانه للثبوت في الذمة ح نقلا وان كان معرضا للبطلان لانه لا ينافي فينكشف صحة الضمان وقبله ان يكشف بطلانه ولعله
لا ح مانعه وقد سمعت امكان اراده من الشيخ وابن زهرة وممّا ذكرنا ظهر لك ان التردد في الحكم من المص للتردد في اصل ثبوت
مال الجعالة في الذمة للتردد في صحة الضمان وان لم نقل بثبوته فيما كما عساه يوهمه ما سمعت من لف وكره والتحقيق ما عرفت
في مال الجعالة ومثله يجري في مال السبق والرماية ويأتي انش في بابهما تمام الكلام في ذلك هذا كله قبل العمل اما بعده
فلا اشكال ولا خلاف في صحة الضمان وهل يصح ضمان مال الكتابة قيل والقائل الشيخ في المحكي عن ط لا يصح لانه ليس
بلازم ولا يؤل الى اللزوم اما الاول فلانه لا يلزم العبد في الحال لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد
في الحال واما الثاني فلانه اذا اداه عتق واذا عتق خرج عن ان يكون مكاتبا فلا يتصور ان يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث
لا يكون له الامتناع منه واذا ثم فالمحصل هذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لاداه وهو فرع للمضمون
عنه فلا يجوز ان يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازما فلهذا منعنا من صحة ضمانه هذا لا خلاف فيه
ولكن لا يخفى عليك انه لو قيل بالجواز كان حسنا وفاقا للفاضل والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم لتحققه في ذمة العبد بعقد
الكتابة ولو المشروطة فيصح ح ضمانه كالعوض عنه مال الدين غير مال الكتابة وجواز تعجيز نفسه فيعود رقا لا ينافي الثبوت
في الذمة بل اقصاه عدم الاستقرار كالثمن في مدة الخيار بل ولعله ضرورة انه هنا مع الضمان عنه ينعتق لانه بحكم الاداء كحاله
الثمن في مدة الخيار فان ضمانه لا يرفع اصل الخيار ومن هنا اشكل جواز الضمان الكشاف في القرض على تقدير الجواز لانه
يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب لعدم اشتراط رضى المضمون عنه في صحة الضمان فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز
من طرف المكاتب وان كان فيه ما ترى اشكال هين والاولى بعدم التبرع بالاداء عنه لذلك ايضا هذا ولا يخفى عليك ان ظاهر المتن وما سمعته
من عبارة ط بل قيل والتوحيد كره ولف ان محل النزاع الاعم من المشروطة والمطلقة لكن في لك ان محله الاولى اذ لا خلاف في لزوم
المطلقة والكل يحل بعد ما عرفت ونعرف انش في باب الكتابة على ذلك وانتهى الكلام ويصح ضمان النفقة الماضية للزوجة بلا خلاف
ولا اشكال لانها من الديون في ذمة الزوج لا حرمناه في محله بل صرح الشيخ والحلي والفاضلين والكركي وثاني الشهيدين
على ما حكي عن بعضهم صحة ضمان الحاضرة لها ايضا اي للزوجة لا استقرارها ودينها في ذمة الزوج بصبيحة ذلك اليوم الذي
اظهر التمكين فيه دون المستقبلة التي لم يحصل سبب وجوبها الذي هو التمكين الفعلي وغيره معقول في الزمان المتأخر
بخلاف الحاضرة التي يظهر من ادلة النفقة الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فعلا في صبيحة ذلك اليوم وان قلنا بسقوطها بالنشوز
في اثنائه الا انه لا ينافي اصل الثبوت في الذمة وهو كاف في صحة الضمان خصوصا بعد عدم استرداد نفقة النهار
بالموت والطلاق واما الخلاف في نفقة الليل كما حررناه كله في كتاب النكاح هذا وفي محكي ط انما يصح ضمان نفقة المعسر
لا يسقط لانها ثابتة على كل حال واما الزيادة عليها الى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة لانها تسقط باعساره ونبعه على ذلك
القاضي كما حكي عنه وظاهر الاعتبار ح بالزوج المضمون عنه فان كان موسرا ضمن عنه نفقة الموسر والا فنفقة المعسر ولا يسقط ٢ فيام
الزائد على نفقة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه وربما كان ذلك من الشيخ والقاضي تفريعا على قول اهل الخلاف من صحة ضمان
المستقبلة لان المحكي عنه اشتراط تقدير المدة وان يكون المضمون نفقة المعسرين وان كان المضمون عنه موسرا او متوسطا لانه
ربما يعسر فالزائد على نفقة المعسرين غير ثابت لانه يسقط بالعسر ثم ان تقييد المص بالزوجة ظاهر في عدم صحة ضمانها للقريب
وهو كذلك في الماضية لعدم ثبوتها في ذمته وانما فرض دفعها لانها من خطاب المواساة التي لا تقتضي ثبوتا في الذمة اما الحاضرة فهو
عند ولك ومحكي كره وغيرها صحة ضمانها بل لا اجد خلافا فيه بين من تعرض لذلك معللين بوجوبها بطلوع الفجر ولكن فيه انه هذا الوجوب

الوجوب لا يقتضي ثبوتا في الذمة والا لوجب القضاء بعد فوات الوقت لعدم الدليل ح على سقوطه منها بعد ثبوته فيها وانما خطاب
مواساة وبر وصلة ولا شيء منها يقتضي الثبوت في الذمة من غير فرق بين الماضية والحاضرة ولعل تقييد المص بالزوجة لاخراج
اصل الضمان للنفقة القريب من غير فرق بين الماضوية والحاضرة والمستقبلة وقد حررنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك
فلاحظ وتأمل وكيف كان ففي صحة ضمان الاعيان المضمونة بمعنى وجوب ردها او قيمتها او مثلها عليه مع من هي في يده كالغصب
والمقبوض بالبيع الفاسد ونحوها تردد وخلاف والاشبه عند المص والفاضل في المحكي عن تحريره وارشاده ومحكي ط الجواز
للعمومات ولانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه وفيه انه لا عموم يقتضي شرعية الضمان على الوجه المزبور حتى قوله الزعيم غارم
الذي هو ليس من اخبارنا بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا كما سمعته في الخبر السابق الذي فيه الانكار عليهم وعموم اوفوا بالعقود
انما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد يجب على حسب مقتضاه وقد عرفت ان الضمان عندنا هو النقل وان شرطه
ثبوت المال في الذمة والاعيان المضمونة انما يجب ردها وهو ليس مالا في الذمة والغاصب مثلا يخاطب به اجماعا فيكون
الضمان هنا ضم ذمة الى ذمة اخرى وهو ليس من اصولنا ومن الغريب ما عن كره من ان ضمان المال ناقل عندنا وفي ضمان
الاعيان والعهدة اشكال اقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه اذ هو كما ترى كالمتناقض هذا كله في
ضمانها بالنسبة الى ردها واما ضمان قيمتها او مثلها لو بعد تلفها فضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب ومن هنا كان خيرة
ثاني الشهيدين والمحققين وفخر الاسلام على ما حكي عنها عدم الجواز ودعوى صدق كونها مالا قد اشتغلت ذمة من هي في
يده بها واضحة الفساد ضرورة معلومية ارادة شغل الذمة بالرد ما دامت موجودة والقيمة والمثل مع التلف من هذا الخلاف
ومثله غير كاف في الضمان الذي هو نقل المال من ذمة الى اخرى كما عرفت من تعريفه ومن دعوى الاجماع على اشتراط ان يكون
مالا في الذمة في الحق المضمون لا اقل من الشك والاصل عدم ترتب الاثر في مثل هذا الضمان وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف
في انه لو ضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة في الاصل اي وقت الضمان لا ردا ولا عوضا
على تقدير تلفها نعم لو طرء لها الضمان بتعد او تفريط مثلا فحكم صحة ضمانها ح وعدمها البحث السابق وهو واضح كما انه
لا خلاف ولا اشكال في جواز التسلسل في الضمان بناء على مذهبنا فلو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا العشرة فصاعدا كان
جائزا لتحقق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمة ويرجع كل واحد منها على من ضمن عنه اذا كان باذنه لا على الاصل
الذي يرجع اليه الضامن الاول اذا كان باذنه بل ولا اشكال في جواز الدور ايضا خلافا للمحكي عن الشيخ في ط فمنعه لصيرورة
الفرع فيه اصلا وبالعكس ولعدم الفائدة فيه اذ به يرجع الحق على ما كان فيه ان ذلك لا يصلح للمانعية على ان الفائدة
بالاعسار وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة كما تقدم ذلك سابقا ولا يشترط العلم بكمية المال حال الضمان
فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه باصول المذهب من العمومات وغيرها والاشهر بل المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه بل
عن كشف الرموز انه روى الاصحاب جواز ذلك فلو عملنا بهذا يكون عملنا بقول الائمة فخذ ما اشتهر بين اصحابك ولعله
اشار الى الروايات المطلقة في الضمان خصوصا ضمان علي بن الحسين ع لدين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن اسامة بل
قيل انها ظاهرة بل صريحة في عدم معلومية الدين وقد عرفت الضمان بل وربما استفيد ايضا من خبر عطاء عن الباقر ع قلت
له جعلت فداك ان علي دينا اذا ذكرته فسد علي ما انا فيه فقال سبحان الله او ما بلغك ان رسول الله ص كان يقول في خطبته
من ترك ضياعا فعلي ضياعه ومن ترك دينا فعلي دينه ومن ترك مالا فهو لوارثه وكفالة رسول الله ص ميتا ككفالته
حيا وكفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك بل ولعله لقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
مضافا الى قوله الزعيم غارم ولكن قد يناقش بعدم ثبوت الاول من طرقنا بل العقل الثابت منها تكذيبه وبان الآية ليست مما نحن فيه

ثم ان الخبر ليس من الضمان المصطلح الا انه فيما قدمنا كفاية لاثبات المطلوب خصوصاً مع عدم المعارض الا دعوى نفي
النهي عن الغرر والثابت منه البيع او مطلق المعاوضة والغرر لاحتمال كون المضمون مما لا يحتمله هو وقد
ادخله على نفسه على انه يمكن فرضه خالياً عن ذلك وح فما عن الشيخ في طه وخلافه والقاضي في مهذبه وابن
ادريس في سرائره من عدم الجواز واضح الضعف هذا ولكن في لك ومحكي كره وغيرها ان الصحة فيما اذا امكن العلم
به بعد ذلك كقوله انا ضامن للدين الذي لك عليه اما ما لم يكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مما في ذمته فلا يقع قولاً
واحداً لصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال لزوم اقل ما يتناوله الشيء كالاقرار فيدفع بانه ليس هو المضمون
وان كان بعضاً فاده وهو جيد ان كان المراد عدم امكان العلم في الواقع للابهام ونحوه كما عساه يوميء اليه قوله
فيدفع آه والا كان محلاً للنظر ضرورة ان مقتضى الادلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع فيصح ضمان ما في
الذمة من ميت او حي وان كان لا يمكن العلم به في الظاهر الا انه في الواقع متشخص كما هو واضح وعلى كل حال فيلزمه
مع وقوع الضمان على الوجه المزبور ما تقوم به البينة انه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما
يوجد في كتاب مما هو ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمة ولا ما يقر به المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون اقراراً
في حق الغير خلافاً للمحكي عن ابي الصلاح وابن البراج ولعلهما يريدان ما اقر به سابقاً قبل الضمان ولا ما يحلف عليه
المضمون له برد اليمين الذي هو كالاقرار او كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقاً او اصلاً برأسه لكن ايضاً خلافاً
للمحكي عن المقنعة فالزمه به ويمكن ان يريد ما عن النهاية والقاضي من انه اذا كان الرد برضا الضامن قال
فانه حلف اي المضمون له على ما يدعيه واختاره هو لك ذلك وجب عليه الخروج منه لصيرورة الخصومة ح معه ايضاً
فيكون اليمين حجة في حقه وما في لك من انه بناء على كون اليمين المردودة كالبينة يتجه وجوب الاداء عليه لعدم
الفرق فيها بين كون الخصم الضامن او المضمون عنه لان الحق يثبت بها مطلقاً بخلاف الاقرار وفيه انه حكم
البينة لكن الا ان الكلام في كونه مثلها في ذلك كما هو واضح هذا كله اذا ضمن ما في ذمته اما لو ضمن ما يشهد به
عليه لم يصح لانه لا يعلم ثبوته في الذمة كما في عد ومحكي التحرير ود ولف حكماً وتعليلاً وكذا ط والسرائر بل هو المحكي
عن المفيد والتقي وفسر ذلك في لك تبعاً لجامع صد بانه لما علم اشتراط صحة الضمان لثبوت الدين في الذمة حالة
الضمان فح بالصيغة المزبورة شاملة لما اذا كان كذلك ولما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان المتقدم لان العام لا
يدل على الخاص قال فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه انه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة
كما لو ضمن[٣] بعض الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان صح والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم
وقوع حقيقة الضمان موقعها كما قد عرفت فلا بد من تنزيل التعليل على عدم العلم بارادة الثابت من الصيغة
وفيه ان المتجه مع فرض ارادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ ما ذلك الصحة في الثابت بها وقت الضمان والبطلان
في المتجدد لا الفساد في الجميع مضافاً الى ابطاله جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور وما ذكره من التفسير
المزبور الذي قد اعترفا هما ايضاً بذلك وانما ذكراه فيه تنزيل وتخريج ولعل الاولى تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحة
ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك لانه ح من ضمان ما لم يجب ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ما في ذمته
والبينة طريق لمعرفته بل كان العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها ومن هنا اردف التعليل المزبور في كف
بقوله فلا يصح لانه ضمان ما لم يجب ولا ريب في ان مراده ان الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتاً حال الضمان وان
كان مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان لكن ثبوت ذلك الذي هو عنوان الضمان انما هو الشهادة

[٣] ما في ذمته ولزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتاً وح فتعليل المتن لا يخ عن قصور لاقتضائه انه لو ضمن صح

الشهادة المزبورة صدق الضمان لها وكذا لو جعل عنوان الضمان ما يقر به المضمون عنه او ما يحكم به الحاكم او نحو ذلك
مما هو بعد لم يحصل وح تتجه هذه العبارات ولا يحتاج الى التخريج المزبور والذي قد عرفت فساده في نفسه وكان
السبب الداعي للمص وغيره في ذكر الحكم المزبور ولا هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما في الذمة ثم يعرف بالبينة
وبين من جعله ما يثبت بها وثانياً التعريض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته حيث قال فلو قال انا اضمن ما يثبت لك عليه
ان لم آت به في وقت كذا ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينة للمضمون عنه وهو الذي حكاه في مختلف عن قوم من اصحابنا وقال
انه لم اعرف به نصاً واعترضه في السرائر بانه اذا لم يعرف به نصاً كيف اورده في نهايته ثم انه اساء الادب ولكن انتصر له على
احسان الفاضل خلف فرد ذلك عليه ثم قال لا شك في عدم تحصيل هذا الرجل وعلى كل حال فمراد المص رد التعريض بما عنه
من النهاية ولكن المحكي عنها ان ذلك موجود في بعض نسخها والا فالاصل ما ثبت لك عليه بالفعل ولا شك ح في صحته
ضرورة كونه ضماناً للثابت بها لا ما يثبت لها بل يمكن ان يريد الشيخ من نسخة يثبت ضمان ما في الذمة الذي طريق معرفته
الثبوت بها وان كان مخالفاً ظاهر العبارة وقد ظهر لك مما ذكرنا الكلام في جميع اطراف المسئلة والحمد لله البحث الثالث
في اللواحق وفيه مسائل الاولى اذا ضمن ضامن للمشتري بالمعنى الاخص عهدة الثمن التي هي ضمان بالمعنى الاعم اي الثمن
الذي هو في عهدة البائع له لزمه دركه في كل موضع يثبت به بطلان البيع من رأس بظهور استحقاق المبيع مع عدم
اجازة البيع او قبض الثمن او فقد شرط من شروط الصحة او نحو ذلك بلا خلاف اجده فيه وفي الغنية بل في محكي كره وكذا
مجمع البرهان نسبته الى اطباق الناس عليه في جميع الاعصار وفي لك ان ظاهر الاطباق عليه كما ان صريح غير واحد عدم
الفرق بين الاول والثاني بل هو من معقد ما سمعته من لك مضافاً الى ما سمعته من اطباق الناس على ضمان العهدة وحرانه
ثم ذلك يكون هذا الرد خارجاً من عين ضمان الاعيان وان كان هو منها اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او الخيار او تلف
المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ورجع المشتري على البائع لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته من
غير فرق بين ضمان العهدة وغيره ولا ريب في حصوله قبل مع قبض البائع له في الاول بخلاف الثاني الذي هو فسخ
متجدد فضمانه ح من ضمان ما لم يجب بل ظاهر لك ذلك حتى لو قلنا ان التلف قبل القبض موجب للفسخ من الاصل
لا من حينه فانه بعد ان حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخاً من الحين او الاصل فيندرج في ضمان العهدة
على الثاني دون الاول قال وفيه نظر لانه حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الامر فلا
يتناوله الضمان الثمن لانه لو لم يكن لازماً للبائع مطلقاً وانما التلف الطاري كان سبباً في حكم الشارع بعود الملك الى
صاحبه من اصله وان كان هو كالمتوقف مرجعه الى التناقض ضرورة اقتضائه كون المال في آن واحد ملكاً للشخص وليس
ملكاً له بل ملكاً للآخر ونظير هذا ما ناقشناه في اجازة الفضولي الا انه قلنا بكونه ملكاً لشخص وحكم الملك للآخر فانه
لا ينافي الوضع من التم والتسبب لك ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا ولكن يبقى المطالبة بدليله او لا ومنافاته لغرضه
ثانياً ان من احكام الملك ضمانه على من في يده فيتجه كلام العلامة ح ومن ذلك يعلم ارادة المص وغيره ممن ترك التقييد
بالقبض ما صرح به الاكثر من التقييد به ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه الا بقبضه اللهم الا
ان يتوقف بكفاية السبب الذي هو العقد حينه وان تعقب القبض الضمان لحوه تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بعيب
سابق وضمان درك ما يحدث من بناء وغرس لكن ضعف الاحتمال المزبور بعيد وحمل الاطلاق المذكور على ذلك بعيد عن المص
بخلاف الاحتمال المزبور في المسئلتين والله العالم وكذا لا يدخل في ضمان العهدة لو فسخ المشتري بعيب لاحق للضمان
كما لو وقع قبل القبض او في الثلاثة قولاً واحداً كما في لك وغيرها بل وسابق وفاقاً للاكثر لان الفسخ به انما ابطل العقد من حينه

لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضموناً بل لو صرّح بضمانه كان فاسداً لانه ضمان ما لم يجب كما في عد ويحكى كونه من الاشكال
فيه مما عرفت ومن وجود سبب الفسخ حال البيع بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة وانه واضح الضعف ولعله لذا استقرب عدم الدخول
بعدما سطر من الاشكال بالجزم به بعد ذلك اما لو طالب بالارش رجع على الضامن كما في عد وغيرها لان الاستحقاق له ثابت عند العقد
فيتحقق شرط الضمان بل هو اولى من غيره لان الارش جزء من الثمن باق في ذمة المشتري ولكن مع ذلك فيه تردد بل عن التحرير الجزم بالعدم
لان الاستحقاق له بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والعيب الموجود حالة العقد من العيب لم يقتض تعيين الارش بل التخيير بينه
وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب
قبل اختياره فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره نقول لك لو سلم ذلك في الثمن لانه فيه ما في ذلك وفيه ان الرجوع بالثمن وان ترتب عليه استحقاق
الثمن الذي لم يجب الا بالفسخ بخلاف الارش الثابت بالاصل لكونه عوض جزء ثابت وان كان للمشتري اتفاق اخذه هو الفسخ والرجوع
الى الثمن ودعوى عدم ثبوته الا مع العلم والمطالبة به حتى انه لو لم يعلم او لم يطالب لم تشتغل ذمة البايع بشيء مخالفة لظاهر الادلة وقد
تقدم الكلام في ذلك في محله فلاحظ وتأمل المسئلة الثانية قد عرفت انه اذا خرج المبيع جميعه مستحقاً رجع المشتري على الضامن
اما لو خرج بعضه مستحقاً رجع على الضامن بما قابل المستحق بلا خلاف ولا اشكال وكان في الباقي بالخيار لتبعض الصفقة فان
فسخ رجع بما قابله على البايع خاصة وفاقاً للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو صرح به لانه من ضمان ما لم
يجب خلافاً للمحكي عن الشيخ فجوز له الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب وفيه ان ذلك لا
يقتضي دخوله في عهدة البايع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال في المشبه فضلاً عن المشبه وهو واضح المسئلة الثالثة
اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء او غرس مثلاً في الارض المشتراة لو خرجت مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه اي
تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً لم يصح لانه ضمان ما لم يجب حال الضمان ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البايع قبل
البناء والغرس بل ولا بعده ما لم يستحق عليه بعد القلع نعم سبب ذلك وهو استحقاق الارض موجود حال الضمان لكن قد مرّ فيه
ان الاصح عدم الاكتفاء بذلك خلافاً للشهيد في اللمعة فجوزه لذلك وللحاجة اليه وكانه مال اليه او قال به في حصة بل قيل
والقائل الشيخ في محكي ط والفاضل وولده وثاني المحققين والشهيدين وكذا لا يجوز لو ضمنه البايع له فضلاً عن الاجنبي
لان ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لو وقع لا يقتضي صحة العقد عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان ولكن في عد اشكال
وعن كره انه قرب الصحة وقال نمنع كون المضمون عنه غير واجب وفي المتن الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد الا انه تنظر فيه في لك
بانه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه
ثابتاً حال الضمان فعدم الصحة قوي وقد تبع بذلك المحقق الثاني انه انكر على اشكال الفاضل في عد بانه ان كان في ثبوت ذلك
على البايع فلا وجه له لان ذلك واجب وان كان في انتقال هذا الضمان بشرائطه ليكون مؤكداً فلا وجه له ايضاً لانه ضمان ما لم
يجب بعد والى هذا اشار في لك بقوله فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع ام لا فانه ثابت بغير اشكال بل في ثبوته بسبب
الضمان وتظهر فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع بقي له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له
خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالخيار الآخر ان شاء وفيما لو كان قد شرط على البايع ضماناً بوجه صحيح فان صححنا هذا
كفى في الوفاء بالشرط والا لم يحصل للمشتري نفع جديد فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فائدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته
ولم يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً ضمن ام لم يضمن لان هذه الفائدة الاخرى لم تكن ثابتة لو لم يضمن قلت يمكن ارادة
المصنف بما ذكره من ان الوجه الجواز اشتراط ضمان ذلك على البايع في عقد البيع تعريضاً بما وقع في محكي ط الذي اشار اليه المصنف بلفظ القيل
من انه ان شرط ذلك في نفس البيع بطل البيع بل قد عثرنا على نسختين منه فاشترطها وقيل كذا لو ضمنه البايع ولو شرطه في نفس العقد

العقد والوجه ح فيما ذكره للصحة واضح لان المشروط لازم للبايع بنفس العقد فلا مانع من اشتراطه عليه ليترتب عليه ما ذكره في لك من الفائدة
الاولى ولا تقدح جهالته لعدم كان لانه ماله نحو ما قيل في اشتراط خيار المجلس وان كان لا يخلو من بحث عندنا وعلى كل حال فالمراد بذلك لا الضمان
المصطلح اذ هو معقول ضرورة انه لا وجه لان يضمن الانسان عن نفسه من الغير بل استبعده هؤلاء الافاضل في ذلك وانه العالم كيف كان
فهذا كله في ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البايع واما العكس وهو ضمان عهدة الثمن للبايع عن المشتري فلا اشكال فيه اما كان دينا
بمعنى نقل ما في ذمة المشتري اليه وكذا ضمانه لو خرج مستحقاً فيما اذا كان الثمن كلياً في ذمة المشتري الذي مرجعه الى الاول ايضاً والى
ارشه ان كان معيباً كما اذا كان شخصياً فان ضمان عهدته عن المشتري ح ذلك وليس هو من ضمان الاعيان كما اشرنا اليه سابقاً بل هو
من ضمان ما في الذمة وكذا ضمان نقصان الصنجة التي يوزن بها الثمن او المثمن للبايع او المشتري كما صرح به غير واحد لكنه لا يندرج
في اطلاق ضمان العهدة ومثله ضمان رداءة الجنس بعينها ايضاً المسئلة الرابعة اذا كان له على رجلين مثلاً مال فضمن كل واحد
منهما ما على صاحبه باذنه دفعة واحدة ورضي المضمون له بذلك وتساوى المالان من جميع الوجوه تحول ما كان على كل واحد منهما
الى صاحبه بلا خلاف ولا اشكال لاجتماع شرائط صحة الضمان في كل منهما وان كان فائدة هذا الضمان صيرورة كل واحد منهما
فرعاً عن صاحبه بعدما كان اصلاً فيتعاكسان وانفكاك الرهن ان كان على احدهما دون الآخر وغير ذلك كما ان فائدته
مع اختلاف الدين قلة وكثرة وحلولاً وتاجيلاً والضمان كله واضحة بل في الفرض لو شرط احدهما الضمان في مال العين وقلنا
بصحته وحجر عليه لفلس قبل الاداء اخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء لسبق تعلق حقه الا ان المفلس قد استحق
على المضمون عنه مع فرض كون الضمان باذنه ويتعلق به ح حق الغرماء فاذا كان قد ادى الآخر عنه قبل الحجر عليه ضرب مع الغرماء
ولا يبقى قطعه لتعلق حق الغرماء عليه بل يكون له حصته ويبقى الباقي في ذمة المفلس كما هو واضح ولو قبل المضمون له ضمانه
احدهما دون الآخر كان الجميع عليه فان دفع النصف مثلاً انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق فقطع في وجه
قد تقدم نظيره في الرهن ويحتمل صرفه الى من شاء بعد ذلك او القرعة نعم لو ابى تعيين ما قصده فان اطلق فالتقسيط
مع احتمال القرعة ايضاً بناء على انها لكل امر مشتبه موضوعاً في الواقع ولو ادعى الاجنبي قصده في الابراء نفعه في توجه
اليمين عليه اي المضمون له او على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء المقصد وعن المحقق الثاني انه استوجه
القرعة ولعل الظاهر ان الدعوى بين الضامن والمضمون عنه دون المضمون له ح فان صدقه المضمون له كان القول قوله كما ان
القول قول الضامن ان صدقه فان لم يمكن الرجوع اليه لموت ونحوه فقد يقوى القرعة ح تبعاً لما فيها على انه قد قصد مخصوصاً
وقلنا بعدم شغل ذمة المضمون عنه الا بالاداء لعدم اصل يرجع اليه ح اما مع عدم العلم فالحمل على الاطلاق متجه ولو ادعى احدهما
على الآخر العلم كان له اليمين على نفيه دانه العالم ولو قضى احدهما ما ضمنه عن صاحبه برئ من ضمانه وبقي على الآخر ما ضمنه عنه وكذا لو
ابرئ الغريم احدهما برئ هو مما ضمنه دون ما ضمنه شريكه بل قد يقوى بعدم الرجوع له عليه ان ادى سابقاً بل وان لم يؤد الآخر بل او ابرأه
الغريم مما عليه لحصول التهاتر بينهما قهراً بمجرد ضمان كل منهما باذن الآخر لكنه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه ويمكن ان يقال انه وان
قلنا باشتغال ذمة المضمون عنه للضامن اذا كان قد اذن له في الضمان وان لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدي الا ان الظاهر كون
ذلك على جهة المراعاة فان لم يؤد لابراء ونحوه ينكشف عدم اشتغالها وان ادى تبين اشتغالها فلا تهاتر ح في الفرض كذا
لو قلنا بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه الا مع الاداء فتأمل جيداً فان المسئلة غير محررة في كلامهم ويسهل فهمه
بعض الكلام انتهى هذا كله في ضمان كل منهما ما على الآخر اما لو ضمن اثنان عن واحد فان كان على التعاقب فالضامن من رضي المضمون له وفيهما
بضمانه بل لو علم الرضا بهما كان الضامن هو السابق وان كان ضمانهما دفعة فالضامن من رضي به منهما وان رضي بهما كان فمع الصحة
مع التقسيط بالنصف في الفرض والثلث ان كانوا ثلثة وهكذا او الصحة مع التخيير في مطالبة من شاء منهما او مطالبتهما معاً كما عن

ابن حمزة في لة وسمّاه بضمان الانفراد وعكسه وهو ضمان الواحد عن جماعة ضمان الاشتراك بل قيل انهم جوّزوا به في باب الديات
فيما اذا قال القوا متاعك وعلى كل واحد منّا ضمانه بل عن الفاضل في دروسه توجيههم بوقوع مثله في العبادات كالواجب على
الكفاية وفي الاموال كالايدي المتعاقبة على المغصوب او بطلان الضمان من اصله كما عن ابن لف وجماعة مع صدا الحق هنا فال
فعدا اشكال ولكن لا يخفى عليك ما في هذا الخبر سيما في المسئلة من الاخير منها وما ذكره الفاضل من وجوه النظر لو سلم انه مثله
لا يصلح دليلا للمسئلة مع انه قد تقدم منا في المباحث السابقة ما يستفاد منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الايدي المتعاقبة
والله العالم المسئلة الخامسة اذا رضي المضمون له ببعض المال او ابرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه المأذون اذنه
بالضمان الا بما اداه لما عرفت سابقا من انه ليس له الا ذلك نصا وفتوى بل هو مشروط بما اذا لم يزد على الحق والا رجع بالحق خاصة
فالضابط ح الرجوع باقل الامرين بما اداه من الحق في كل موضع له الرجوع وكان المص اشار بما ذكره الى خلاف بعض العامة الذي
جوّز الرجوع مع الابراء عن الكل او البعض لانه هبة له خاصة من رب الدين وهو باطل عندنا لما عرفت نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه
بعضا او جميعه جاز له الرجوع لصدق الاداء بل الحكم كذلك اذا احتسبه من حق زكوة عليه مثلا ولو دفع عرضا عن مال الضمان رجع
باقل الامرين من القيمة والدين من غير فرق بين ان يكون قد رضي المضمون له به عنه لبقية عقد وبين ما لو صالحه عنه بالدين نعم لو صالحه
عليه بما يساوي الدين في ذمته وقاصه به اتجه رجوعه به لثبوتها له في ذمته وادائه عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصة
لان وضع الضمان على الارتفاق ولعله لذا توقف فيه الفاضل في المحكي من كرة والله العالم المسئلة السادسة اذا ضمن عنه دينارا
مثلا باذنه فدفع المضمون عنه الى الضامن فقد قضى ما عليه بناء على اشتغال ذمته له بضمانه عنه المأذون فيه وان كان لا يستحق
الرجوع عليه الا بالاداء لان الضمان نوع اداء والغرض حصوله باذنه فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه فيصح ح الدفع له وفاء كما يقع
للضامن ابراء ذمة المضمون عنه قبل الاداء وهذا كما ترى لا ينافي عدم استحقاق المطالبة الا بالاداء للدليل نعم قد يقال ان الدفع وفاء مثلا
وكذا الابراء مراعى بحصول الاداء منه فان حصل استقر ذلك والا انفسخ ورجع المال الى المضمون عنه اذ يمكن ان ذلك على الكشف بمعنى انه
بحصول الاداء ينكشف وقوعه في محله والا انكشف عدم شغل ذمة الامر لكن ذلك ونحوه لا نرى احدا مصرحا من الاصحاب
بل في ذلك والمحكي عن غيرها ما يقتضي خلافه وانه لا تشتغل ذمة المضمون عنه الا حين اداء الضامن ولعله للاصل
مع عدم ثبوت كون الضمان اداء بالنسبة الى ذلك وان كان هو كالاداء بالنسبة الى براءة ذمة المضمون عنه فلا يصح
شغل ذمة المضمون عنه الا الاداء المأذون فيه بالاذن بالضمان لقاعدة احترام مال المسلم ونحوها من النصوص الدالة على عدم
الرجوع الا به والاعتقاد ما ادى كما شعر عن ذلك الا انها مخصصة لقاعدة تسلط من له الدين على من عليه والا انها مفيدة
لا لكلام انه يصعب التزامها ولعل هذا هو الاقوى ح لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع ليكون وفاء
لما اداه بل في لك لا يبعد كونه مضمونا عليه لقاعدة على اليد لكونه كالمقبوض بالسوم ما استشكل فيه في كرة لبعد ان حكم به
نعم لو قال المضمون للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه
مغعم في السابق اليه اما مطلقا او انه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس مستحقا عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت
لانه وكالة في قبضه ودفعه قلت قد يتحقق ان يرجع الاول الى الامانة ايضا ضرورة عدم كونه وفاء فعلا قبل الاشتغال
فليس هو الا على ملك المضمون عنه بل لا يبعد التزام التوكيل للضامن في قبضه وفاء بعد الاداء فلا ضمان ح والقياس على
المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا وقاعدة على اليد مخصصة بالامانة ولعله لذا استشكل فيه في كرة فحكمه نعم لو دفعه له
بعنوان القرض له مقدمة لحصول التهاتر بعد الاداء امكن لكنه غير المفروض وكيف كان فلو قال للضامن على ما في لك المضمون
عنه ادفعه انت الى المضمون له فدفعه فقد برئا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع

يرجع عليه ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمته لانه المديون وقد اذن له في وفاء دينه وثبوت
مثله في ذمة المضمون عنه لادائه فيتقاصان وفيه ان اداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضي
ذمة الضامن بمثله اذ ليس هو قد صار بذلك قرضا عليه مع عدم قصده وعدم تحقق وفاء الدين على كونه مملوكا للمديون
كما انه لا يستحق رجوعا على المضمون عنه لعدم حصول الاداء منه فلا تقاص ح لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما نعم ولو فسرت
العبارة بارجاع ضمير قال الى المضمون عنه اي قال للضامن ادفعه الى المضمون له فدفعه برئا معا كان ممكنا والوجه فيه ح واضح
لما عرفت ويكون هذا كما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير اذن الضامن فانه لا اشكال ولا خلاف في انه اذا كان كذلك
برئ الضامن والمضمون عنه بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الاداء منه عنه كما هو واضح والله العالم ولو
تبرع متبرع بالضمان ثم سئل آخر الضمان عنه فضمن وادى رجع عليه دون الاصل ولو انكر المضمون عنه الاذن في الضمان
او انكر الدين كان القول قوله ولو انكر الضامن الضمان فاستوفي الحق منه بالبينة لم يرجع على المضمون عنه اذا كان قد انكر
اصل الدين او اصل الاذن بالاداء عنه في ضمن الضمان وغيره ضرورة علمه ببراءة ذمته عنه وعدم استحقاق الرجوع عليه وانه
قد اخذ منه ظلما بالبينة المخطئة نعم لو لم ينكر اصل الدين ولا اصل الاذن بالاداء عنه ولا المضمون عنه اصل الاذن له او ثبت
ذلك بحجة شرعية كان له الرجوع على المضمون عنه مقاصة ظاهرا لعدم منافات انكار الضمان لذلك خصوصا كونه الحق
من استحقاق الرجوع الذي يمكن ان يكون بالاذن بالاداء من دون ضمان فله المطالبة ح بان يقول اني اديت عنك دينك
على وجه استحق الرجوع به عليك وليقيم البينة على الاذن ان كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لان التوصل
الى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز والظاهر انه مسوغ للبينة الشهادة بالاذن من دون تعيين الضمان الذي
انكر الضمان حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم وعلى كل حال فله الرجوع ظاهرا نعم له المقاصة باطنا اذا كان
كاذبا في انكار الضمان بالاذن الا ان يعترف له المضمون عنه بذلك ولو اذن له باداء دينه من دون ضمان فادعاه المأذون
وانكر الاذن كان القول قول المأذون لانه وكيله وامينه من غير فرق بين تصديق المستحق وعدمه نعم لو قيد الاذن اذنه
بالاشهاد فترك المأذون لم يكن له الرجوع عليه ولو صدقه المستحق اذ يمكن ان لا يكون تصديقه مواطاة وليس الغرض سقوط
المطالبة الحاصل بذلك بل براءة الذمة في الواقع ولم يحصل ما يدل عليها الكلمة الا ان يجعل اقراره بذلك طريقا لها ايضا على ان الغرض
التقييد بالاشهاد ولم يحصل نعم لو لم يقيد بذلك واطلق الاذن امكن الاكتفاء باقراره وان قلنا بتقصيره بترك الاشهاد
على وجه لا يستحق الرجوع معه الا ان من المعلوم كون ذلك لارادة سقوط المطالبة والبراءة والغرض حصولهما بالاقرار
وكذا لو كان الدفع بحضور الاصيل ومن التامل بما ذكرنا يظهر لك مواضع النظر فيما ذكره الفاضل في عد فلاحظ وتامل فان فيه
مواضع للنظر بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسئلة في الضمان ومن المعلوم عدم جريان جملة من الفروع فيه ولذا فرضناها
في المأذون في الاداء بدونه وقد عرفت الكلام سابقا في الضمان فلاحظ وتامل وقد تقدم لنا سابقا ويأتي في باب الوكالة
وغيرها ما يستفاد منه ايضا وجه النظر في جملة من ذلك فلاحظ وتامل جيدا والله العالم المسئلة السابعة اذا ضمن باذن
المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله بيمينه لاصالة عدم القبض وفي لك وح فلا يرجع
الضامن على المضمون عنه بشيء لعدم تحقق غرضه المشروط به استحقاق الرجوع وفيه ان المتجه ح توجه المخاصمة بينهما وثبوت
له اليمين عليه ولو رد المضمون له اليمين على الضامن في الاول فحلف ففي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه
وجهان اقواهما العدم بل وكذا في استحقاقه بتصادق الضامن والمضمون له وعلى كل حال ففي مفروض المتن ان شهد المضمون عنه
للضامن قبلت شهادته وان كان الضمان بالاذن لانه ح شهادة على نفسه ح باستحقاق الرجوع وشهادة على غيره

ح ودعوى قبض بالكفاية في ذلك باعتراف الضامن ح

ثم هي مقبولة كغيرها من الشهادات مع انتفاء التهمة واليه يرجع ما عن الفخر من ان شهادة المضمون عنه ترد اجماعا وبالاداء
ان اثبت في البراءة فكان الضمان على التقدير عدم ومفروضا التهمة فيما اذا كان اداء الضمان بالصلح باقل من الحق وباعسار
الضامن مع عدم علم المضمون له وتجدد الحجر عليه لفلس وكان للمضمون عنه عليه دين ونحو ذلك مما يكون فرضا اذ الفرض
انها شهادة مقبولة في نفسها الا اذا اقترنت بما يمنعها من جر نفع او خصومة او نحو ذلك لا انها مردودة في نفسها لكونها
مما تجر نفعا باعتبار كون الدين دينه لانه بالضمان تعدد عندنا وصار كالاجنبي بالنسبة الى ذلك هذا كله على مذهبنا من
القول باقتضاء الضمان انتقال المال اما على مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمة الى اخرى فلا اشكال في عدم قبول شهادته
كما هو واضح ولو لم يكن المضمون مقبولا لجر نفع او فسق او خصومة او نحو ذلك حلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة
ثانية على زعم الضامن ولكن يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه اولا على الوجه الذي عرفته سابقا لا الاخير الذي هو ظالم
ضامن بزعمهما فيه ولو لم يشهد المضمون عنه اي يصدق الضامن بدعواه رجع الضامن عليه بما اداه اخيرا لعدم ثبوت اداء
سواه ثم الظاهر توجه الخصومة بينهما كما اشرنا اليه سابقا كما ان الظاهر تقييد ذلك بما اذا لم يزد المدفوع اخيرا على الاول
ولا على الحق والا رجع بالاقل من الثلثة لانه ان كان هو ما غرمه اولا فللاعتراف بعدم استحقاق ما سواه وان كان ما دفعه
اخيرا فلما عرفت من عدم ثبوت غيره وان كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو في الاقل منه ومن المدفوع المسئلة الثانية
اذا دفع مريض تبرعا في مرض الموت ضمانا خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح من كون المنجزات منه لا من الاصل ولا اشكال
في كون الارض منها نعم لو ضمن ... فلذلك هو كالوراع بثمن المثل نسبه الى انحال هو كبيع المحاباة اي فما احتسابه مما
يفوت منه على الثلث ولكن للنظر ... ضرورة كونه كالقرض ونحوه لعدم التبرع فيه لبيتي المسئلة التاسعة اذا كان الدين
مؤجلا فضمنه حالا باذن المضمون عنه في ذلك وعدمه ففي المحكي عن ظ التحقيق وكذا لو كان الى شهرين فضمنه الى شهر لكن
الضامن لا يرجع على الاصل ووافقه على ذلك فخر الاسلام والكركي بل عن الحدائق انه المشهور بل قد عرفت ان الاولى مقتضى
ظاهر من اعتبر الاجل في الضمان وان كان ذلك حينئذ احتج غيرها من فيها ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الاجل فيه
ولكن مع ذلك كله فيه تردد بل منع لما سمعته سابقا من عموم الدليل على اشتراط الاجل فيه بل ظاهر الادلة خلافه كما انه
لم يثبت مانعية زيادة الفرع على الاصل ودعوى اعتبار مشروعية الضمان على المساوات ممنوعة كدعوى انه ذلك
ضمان ما لم يجب باعتبار ان الحلول زيادة في الحق وكذا نقصان الاجل ولذا تختلف الاثمان باختلافه ضرورة ان
المضمون المال والاجل انما هو من التوابع ومن الحقوق للمديون التي يجوز التبرع منه وعنه باسقاطها ولذا كان مع
اذنه في الضمان دون الحلول له ليستحق الرجوع عليه الا للاجل لا عرفته سابقا وكذا دعوى اعتبار الارفاق في الضمان اذ لا
دليل عليها بل ظاهر الادلة خلافها على انه مع التبرع لا ينافي الارفاق كما انه لا ينحصر الارفاق بهذه الكيفية الخاصة وقد اشرنا
الى ذلك سابقا والله العالم القسم الثاني في الحوالة بفتح الحاء كسحابة وهي مشروعة بالنص والاجماع
الامة كما عن ط والتذكرة وليست بيعا ولا محمولة عليه عند علمائنا اجمع في محكي كرة والكلام فيها يكون في العقد وشروطه
واحكامه اما الاول فالحوالة المتفق على صحتها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ولو باعتبار
انتقال مثله الى المحال عليه كما ستعرف بتحقيق الحال في ذلك فلا ينتقض بالحوالة على البريء وان كان الاصح عند المص على
ما ستسمع صحتها الا انه خلافا وتداخل الفاضل ادخالها بحذف قيد الشغل لكنه ينتقض بالضمان حينئذ لكن الامر في ذلك
كله سهل بعد ان ذكرنا غير مرة ان المراد بها التمييز في الجملة فهو اشبه شيء بالتعاريف اللغوية كسهولة الامر في انها
عقد والاثر الحاصل منه نحو ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع وفي ان الفاظ العقد مخصوصة ويحصل بكل ما دل عليه منها

منها اذ كان على طريق العرف واللغة لجدانه تقدم منا تمام الكلام ايض في ذلك بل وفي حكم المعاطات فيها بعد فرض قيام سيرة كاشفة على
مشروعيتها فيها اذ قد تقدم ايض منا تمام الكلام في احكامها التي لا يصعب عليه جريان ما يجري فيها هنا بعد فرض صدق اسم الحوالة
عليها وكيف كان فيشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال بلا خلاف اجده في الاول والاخير بل الاجماع بقسميه عليهما بل المحكي
منهما مستفيض او متواتر وهو الحجة مضافا الى اصول المذهب وقواعده لكن في ك ومحكي كرة وغيرها انه يستثنى من اعتبار رضى المحيل
ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضى المحيل قطعا لانه وفاء دينه وضمانه بغير اذنه والعبارة عنه ح ان يقول المحال عليه للمحتال
احلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل وزاد في ك فيشترط هنا رضى المحال والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال
عليه مما تقدم لقيام العقد بغيره وفيه امكان منع صحة هذه الحوالة لعدم اطلاق في نصوص المقام يتناولها واوفوا بالعقود انما
يراد منه العقود المتعارفة اي البيع والصلح والحوالة ونحوها فلا شمول فيه للمشكوك فيه من افرادها بعد فرض عدم اطلاق فيها يتناولها
بل يحكي الاجماع مستفيضا على اعتبار رضى المحيل يشهد بخلاف ذلك كما انه يشهد اتفاقهم على ان المحيل والمحال هما ركنا عقد
الحوالة وان بالايجاب من الاول والقبول من الثاني يتم العقد يقتضي بخلافه ايض ضرورة عدم احدهما فكان بها ودعوى قيام
المحال عليه مقام ذلك مصادرة محضة مخالفة لما عرفت فالاولى عدم الاستثناء المزبور والله العالم هذا كله في الاول
والاخير واما اعتبار الرضا في الثاني فهو المشهور بل عن الاردبيلي انه لم يظهر فيه خلاف بل في محكي كرة نسبته الى الاصحاب ماله الى علمائنا
بل عن الشيخ دعوى الاجماع وان كنا لم نتحققه وانما المحكي عن ط والخلاف والغنية والسرائر من الاجماع على صحة الحوالة
مع رضاه بخلاف حال عدمه وهو كما ترى ليس اجماعا في المقام بل مشعر بوجود الخلاف لا ان الظ ارادته ولو من العامة نعم هو محكي
عن التقي بل لعله ظ المحكي عن المقنعة ونهاية بل عن الفاضل في لف الميل اليه بل هو صريح المقنع والتنقيح وايضاح النافع ومسالك وغيرها
على ما حكي عن بعضها بل في الثاني ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعا وان لم يشترط الشغل او كانت
الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعا وان كان قد يمنع القطع فيما ذكره اخيرا نعم هو كذلك في سابقه اي الحوالة على البريء بناء على
صحتها كما اعترف به غير واحد من الافاضل فالبحث ح في مشغول الذمة ولو بغير المثل كما ستعرف ذلك لكنا بعد الاجماع المحكي الذي
لم نتحققه بل المظنون توهمه مما عرفت سوى اصالة بقاء الحق في ذمة المحيل المقطوعة بعموم اوفوا وباطلاقات الحوالة اذ لا ريب
في عدم اعتبار رضاه في مفهومها المتحقق بالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ومن هنا قيل مع فرض اعتباره لا فرق بين تقدمه
ولحوقه بل ولو سبقه اذ ليس هو من اركان العقد المعتبر فيها اتصال قبوله بايجابه وكونه باللفظ العربي ونحو ذلك بل لا يبعد كونه كذلك شغلا
مع فرض تأخره على نحو الرضا في عقد الفضولي الا انه لم اجد مصرحا به كما اني لم اجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول بان يكون
هذا العقد مركبا من ايجاب وقبولين وان كان هو مقتضى ما تسمعه من دليله ايض وسوى اختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء
المعلوم عدم رجوعه الى حال ضرورة تسلط الناس على اموالها ولذا جازت الوكالة على استيفائه ونقله الى الغير ببيع وصلح ونحوها
وسوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها بل في محكي كرة الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة
المحيل الى المحال عليه عند علمائنا اجمع وكذا عن ف وط والغنية ونحوها لذلك سميت حوالة ولا ريب في توقف الانتقال
الى ذمة الغير على رضاه التي يمكن منعها بالمعنى المزبور وانها انما تقتضي الوفاء بماله في ذمة الغير عما في ذمته خصوصا بعد كون
المتعارف في القصد بالتحويل ذلك لا انتقال ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه عوضا عما له في ذمته ولا وجه لاقتضاء ذلك
مع فرض عدم قصده نعم هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان بخلاف الرضا الذي هو كالوفاء بل يمكن ارادة كونها ناقلة بمعنى
اقتضائها نقل ما في ذمة المحال عليه او ملك المحال عوضا عما له في ذمة المحيل ومن هنا تخيل بعض العامة انها بيع او معاوضة بل يمكن
ارادتهم في التعريف المزبور وغيره ذلك ايض على معنى اقتضائها اشتغال ما يستحقه المحال في ذمة شخص اخر غير المحيل اليه بل قد يتحقق

نوقشنا انها اقتضت نقل المال من ذمة الى ذمة اخرى بالاعتبار المذكور وبالجملة فالمسلم والمتعارف فى قصد المتعاقدين ذلك وهو لا يتوقف
على الرضا اذ هو حق كنقله بغير التحويل من البيع ونحوه واما غيره فلا دليل عليه بعد ان لم يكن من مقصد المتعاقدين بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده
وح فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخ من قوة وان كان الاحوط خلافه خصوصا بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة وكيف كان فمع تحقق ما جامعه للشرائط
يتحول المال الى ذمة المحال عليه ولو باعتبار انتقال العوض الذى هو فى ذمة المحال عليه اليه بل الحق المراد انه يتحول المال اى يتبدل بما فى
ذمة المحال عليه خصوصا بعد العلم بان استفاضة هذه العبارة حتى حكى عليها الاجماع غير واحد بل صرح من قد صرح بعدم اقتضاء الحوالة
النقل بالمعنى السابق كالمحكى عن الثانى والشهيد الثانى انما هو فى مقابلة المحكى عن زفر من العامة حيث قال بعدم تحول الحق من ذمة
المحيل وجعلها كالضمان عندهم وعلى كل حال يبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال على الاظهر الاشهر بل المش لظهور عدم الرجوع فى خبر
ابى ايوب سئل ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل الرجل بالمال ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك فى
الرد الى المرتبة كخبر منصور بن حازم سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا
ان يكون قد افلس قبل ذلك وخبر عقبة عن ابى الحسن ع سئلته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى ايرجع
على صاحبه اذا احتال ورضى قال لا بل ذلك مقتضى الحوالة التى هى بمعنى النقل ولو بالوجه الذى ذكرناه الذى هو نقل المال
الذى فى ذمة المحال عليه الى المحال لكن من المعلوم كون ذلك بدلا وعوضا عما للمحتال فى ذمة المحيل لانها من قبيل الوفاء فيقتضى ح براءة
ذمة المحيل خلافا للمحكى عن ابى على والشيخ فى النهاية وابى الصلاح والقاضى وظاهر الغنية بل ابن المقداد فى التنقيح اختياره فاعتبروا
براءة المحال للمحيل والا لم يبرأ لخبر زرارة عن احدهما ع فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برئت مما لى عليك
فقال اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرأه فله ان يرجع على الذى احاله لكنه خبر واحد موثق للمحكى عن الحسن البصرى ويحتمل الارادة
الرجوع عليه ولو فى حال الاعسار وللكناية عن القبول والرضا بالحوالة فلا يصلح معارضا لتلك الاخبار ولو على جهة التقييد
والا لما دل على اللزوم فى عقد الحوالة المستفاد من الآية والاجماع وغيرها بل رد هذا القول مضافا الى ما ذكرنا بالاجماع بقسميه
على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ولكن قد ينا قش بمنع الاجماع المزبور اذ لا يتصور معه الخلاف المذكور
الذى قد سمعته من غير واحد بل المخالف انما عبر بلفظ الاظهر ونحوه ولو ان هذا الاجماع محقق لم يتصور محل للابراء معها كالانقح هى
اذ وقع قبلها ومن الغريب ما فى لك فى المقام حيث قال هنا حكايات احدها ان الحوالة تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال
عليه وهو موضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم فانه جعلها كالضمان بمعنى الضم وفساده ظاهر الى ان قال وثانيهما
ان المحيل يبرأ من حق المحتال الخ ما ذكره مع انه فى السابق عند البحث على اعتبار رضا المحال بعد ان ذكر دليل الخصم انها تقتضى الانتقال
قال انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هى ابقاء لما فى ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه رضاه اذ مع تحقق الاجماع
المذكور لا يتصور النزاع المذكور نعم ما يمكن تسليمه من الاجماع اقتضاء الحوالة النقل بمعنى انتقال ما فى ذمة المحال عليه الى المحتال واما
اقتضاؤها مع ذلك براءة ذمة المحيل على وجه لا يستحق الرجوع وان لم يقبض من المحتال فلا عند من عرفت جمعا بين النصوص المزبورة
بالاطلاق والتقييد مضافا الى اصالة بقاء ذمة المحيل وان كان الاقوى خلافه لقصور الخبر المزبور عن ذلك ولان الحوالة وان كان الاصح
انها قسم برأسه لكنها بحكم الاستيفاء او الاعتياض او بحكمها وعلى كل حال تقتضى براءة ذمة المحيل ولان المراد والمقصود من التعارف
بها ذلك فيعلم ان شرعيتها على الوجه المزبور بحيث لو قصدا خلافه مصرحين لم تشرع الحوالة كما هو واضح والله العالم ويقع انه يحيل على
من ليس له عليه دين بل عن السرائر الاجماع عليه وهو الحجة لعموم اطلاق النصوص السابقة وعموم اوفوا بالعقود والسيرة على فعلها بحيث
يعلم شرعيتها خلافا للمحكى عن الشيخ فى آخر الباب ودبما حكى عن القاضى وابن حمزة وان كنا لم نتحققه فانحصر الخلاف فيه بل المحكى عنه
فى اول الباب الموافقة ومبنى الخلاف لبعضهم على ان الحوالة اعتياض او استيفاء فعلى الاول لا تجوز وعلى الثانى تجوز وفيه ان الاصح كونها

كونها اصلا برأسه وان لحقها حكم الوفاء فى بعض الاحوال والاعتياض فى بعض آخر والا فمن المعلوم انها ليست وفاء حقيقة
ولذا لا يجب قبولها وان كانت على ملى ولا بيعا لذلك ولذا لم يثبت لها حكم التقابض فى المجلس لو كانت فى النقد وعلى كل حال
فلا دليل للخصم سوى الاصل المقطوع بما عرفت ودعوى استبعاد دخلها فيما مقتضاها والمراد منها اذ هى على المشغول
الذمة انتقال وعلى البرئ بمعنى الضمان ومن هنا قال المص لكن يكون ذلك بالضمان اشبه بل عن الكاشانى الاظهر
انها ضمان وان كان فيه ما لا يخفى ضرورة عدم حصول اشتغال ذمة المحال عليه حتى تكون ضمانا بل اقصاه الرضا بما
اشتغل المحيل من معنى الحوالة التى صرح بمعنى الوفاء باثبات مثل ذلك فى ذمة البرئ والاعتياض عنه بذلك وهو معنى غير
معنى الضمان بل هو قريب منها لحوالة على المشغول ومثل ذلك لا يقدح فى العقد فان اراد البيع مثلا امثل من ذلك تفاوتا فما
عن الكوكى من التمسك فى الجواز فى غير محله واذا احاله على الملى او وفى لم يجب المتعلق بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه بل قد
عرفت المحكى منه على رضى المحتال مستفيضا مضافا الى الاصل السالم عن معارضة ما دل على وجوب قبول الوفاء من باذله
لعدم معلومية عدم كونها وفاء حقيقة على وجه تندرج فى اطلاق تلك الادلة بل هى ناقلة كما عرفت فما عن داود الظاهرى
من الوجوب لذلك وللنبوى المرسل اذا احيل احدكم على الملى فليحتل الذى علم بخبره من طرقنا ولا جابر له ولا شاهد وينبغى
حمله على الندب واضح الضعف لكن لو قبل الحوالة عليه لزم وليس له الرجوع ولو افتقر كما لو كان فقيرا من اول وقد علم به
ورضى بلا خلاف ولا اشكال لعدم معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة مضافا الى النصوص السابقة خصوصا
خبر عقبة منها بل عن الخلاف انه المروى عن امير المؤمنين ع فما عن ابى حنيفة من ان له الرجوع اذا جحده المحال عليه او مات
مفلسا وعن صاحبيه ابى يوسف ومحمد بن الحسن اذا افلس وحجر عليه الحاكم واضح الفساد من غير فرق فى ذلك بين اخذ المحتال
شيئا من المال وعدمه لاطلاق النص ومعقد الاجماع وغيرهما من اصالة اللزوم ونحوها بل عن لف الاجماع على ذلك
صريحا خلافا للمحكى عن سلار فجوز الرجوع مع عدم الاخذ لعدم تمامية القبض بدونه وهو شاذ نادر واضح الضعف نعم
هذا كله فى المحال عليه الملى ثم افتقر اما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على
المحيل بلا خلاف اجده فيه كما عن الغنية الاعتراف به بل فى محكى كرة نسبته الى علمائنا واشار الى اصحابنا بل عن الخلاف الاجماع
عليه وهو الحجة بعد النصوص السابقة وقاعدة الضرر وغيرها بل لعل اطلاق النص والفتوى منصرف الى غير ما نحن فيه من ثبوت الخيار
ايضا حتى لو تجدد اليسار والعلم لبقاء الضرر للتحقق المقتضى له فيستصحب ولكن العلة الاعسار ما دام لم يزل بزواله
ودعوى كون المنشأ فى ذلك النص بحيث يعلل بها لا شاهد له بل الشاهد على خلافها فيما تحقق ويمكن ان يكون ذلك
حكمة لا علة ومن الخلاف بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات او عللا حقيقة وعلى الثانى هل الباقى مستغن عن المؤثر
ويحتاج فعلى الاول يثبت الخيار وعلى الثانى فعلى الثانى يزول ولا بأس به بعد كون معرفة الشرع معرفات وعدم احتياج الباقى
فيبقى ما انه الوجه الثالث كما هو محرر فى محله وهل هو على الفور او التراخى وجهان اقواهما الثانى للاطلاق وغيره كما ذكرناه فى نظائره
ثم ان الظاهر ارادة الاعسار من الفقر فى كلام المص اقتصارا على المتيقن فيما خالف قاعدة اللزوم كما انه المراد من الاملاق فى النص
لا تحجير الحاكم بالافلاس نعم الظاهر ثبوت الخيار له وان بذل المال بقرض او نحوه بل ولو تبرع متبرع عنه للاطلاق ومنه يعلم ان المدار
على قاعدة الضرر على وجه يدور الحكم معه وقد تقدم فى الضمان ما لا يخفى عليك جريانه فى المقام كغيره من احكام الحوالة واشتراط
الخيار ونحو ذلك مما لا فرق فيه بين الضمان والحوالة خصوصا اذا كانت على البرئ والله العالم واذا احال بما عليه على مشغول له
بمثله او برئ بناء على الصحة ثم احال المحال عليه بذلك الدين كذلك صح بلا خلاف ولا اشكال للاجماع مع اشتراط صحتها فتندرج
فى اطلاقها المندرج فى آية اوفوا بالعقود وكذا لو ترامت الحوالة بتعدد المحال عليهم واتحاد المحتال كما لو احال المديون زيدا على عمرو

ثم احال الذي له على بكر ثم احال بكر زيداً على عمرو وهكذا لوجود المقتضي وارتفاع المانع ويتعدد المحتال او المحيل واعاده المحتال
عليه كما لو احال المحتال من له عليه دين على المحتال عليه وهكذا بل لا يصح ترامبها بقع دورها كالضمان بان يعود الى المحيل
الاول اذا فرض شغل ذمته للمحال عليه او قلنا بصحتها على البرئ بل لم نجد خلافاً وان سمعته في الضمان كما هو واضح واذا قضى
المحيل الدين بعد الحوالة فهو كما لو قضاه اجنبي المعلوم حكمه بانه ان كان بمسألة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم
يرجع ويبرأ المحال عليه ضرورة كونه بالحوالة قد برئت ذمته فيكون ح اداؤه كاداء الاجنبي الذي قد علمت حكمه والله
العالم ولا يشترط في المال المحال به ان يكون معلوماً في المتن على ما اعترف به غير واحد بل عن مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه
بل في المحكي عن التحرير يجب ان يكون معلوماً فلا تصح بالمجهول اجماعاً بل في مفتاح الكرامة لم نجد المخالف وانما ذكرت اشتراطه
مع المحتمل احتمالاً في كرة وكذلك في مجمع البرهان نعم لم يذكر هذا الشرط في عدها الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرهما لعله وان
امكن ان يكون ذلك لمعلوميته الا ان الانصاف عدم خلوه عن الاشكال ان لم يتم الاجماع المزبور خصوصاً على ما يظهر من عدة
الناصل من اعتبار عدم الثلثة ضرورة عدم الدليل عليه الا دعوى الغرر الذي لم يثبت مانعيته على الاطلاق حتى لو قلنا بان
الحوالة اعتياض فانه ايضاً لم يثبت مانعيته في مطلق المعاوضة اما على القول بانها استيفاء فقد قيل انه لا يمكن استيفاء
المجهول وضعفه واضح خصوصاً بعد ما عرفت من صحة ضمان المجهول ويلزم بما تقوم به البينة فالاولى احالة ذلك على ما سمعته
في الضمان خصوصاً في الحوالة على البرئ التي هي شبيهة به خصوصاً مع فرض امكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع الى دفتر
ونحوه او كانت الجهالة في خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته مثلاً على مائة مثلاً وعدم نقصانه عن عشرة على ان الحوالة
به على جهالته تقتضي ثبوته في ذمة المحال عليه نحو ما كان في ذمة المحيل فيرجع معه الى الصلح ونحوه نعم يتم ذلك في الجهالة
بسبب الابهام كالحوالة باحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان فلاحظ وتأمل والله العالم وكذا يشترط فيه ان يكون
ثابتاً في الذمة اي ذمة المحيل ولو متزلزلاً فلا حوالة في غير الثابت فيها وان وجد سببه كالجعالة [2] عما سيستحق بنحو
ما سمعته في الضمان بل في بطلان الحوالة في المتزلزل حينها بالفسخ بعد ذلك نظر وان وجب عليه دفع الثمن مثلاً
ما غير ذلك فلا تصح الحوالة بالثابت في الذمة سواء كان له مثل كالطعام او لا مثل له كالعبد لاطلاق الادلة وعمومها من
غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً وجنساً او على برئ خلافاً للمحكي عن الشيخ في احد قوليه وابن حمزة
فمنعا من الحوالة بالقيمي للجهالة وضعفه واضح بعد معلومية صحة السلم وغيره فيه باعتبار انضباطه بالوصف فيمكن فرض
اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلاً بماله في ذمة اخرى [3] كون الثابت في الذمة قيمة القيمي بالاتلاف ونحوه ضرورة كون الحوالة
ح بالقيمة التي هي مثلية فلا يصح الجهالة التي ذكرها بحال حتى مع فرض تعذره الموجب للرجوع الى القيمة كالمثلي بل لا يبعد ان
لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالمال على البرئ او على مشغول الذمة للمحيل بغيرها بناء على انها بحكم المال بدليل صحة وقوعها
ثمناً للمبيع وعوضاً للخلع ومهراً في النكاح وما غير ذلك حتى كون المراد منها الثواب او غيره وح فيصح احالة مشغول الذمة بقرآن
قرآن او زيارة او صلوة او حج او غير ذلك على برئ او على مشغول الذمة له بمثل ذلك وكذا يصح ضمانه لكن لم اجد من صرح به لانه
لم اجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيها ولا ظاهر بل هو غير متعارف وكيف كان فعن الشيخ في المبسوط والباب من ط وابن حمزة
ونهرة والقاضي انه يشترط في صحة الحوالة تساوي المالين اي المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً بل العلة ذكر نع
وغيرهم مما عرفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله بل عن كرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في ذلك انتهى اه
للاصل بعد عدم الاطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض ولا سيرة كاشفة ولا غيرهما مما يطمئن به او فوا بالعقود قد
ذكرنا غير مرة ان المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في كتب الفقهاء فلا دلالة فيها على صحة المشكوك فيه من افراد نوع

[2] مثلاً قبل العمل بناء على عدم ثبوته في الذمة قبله فضلاً عما لم يوجد سببه كالجعالة م

[3] او كان بريا او ادا اشتغاله في ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة او الضمان لم يكن وجه للاشكال في صحة ذلك لو فرض م

نوع منها بعد ان لم يكن في ادلته بالخصوص اطلاق صالح لشموله على ان في الحكم بالبطلان تفصياً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته
به اذ لا يجب عليه ان يدفع الا مثل ما عليه وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي معاوضة مستقلة او بالوفاء بدفع الشخص للادلة
الخاصة التي لا تشمل الحوالة قطعاً وان كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض كما عرفته سابقاً ولعله الى ذلك يرجع الاستدلال
على المطلوب من بعضهم [3] حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق
المحال على المحال عليه دراهم ولم [2] يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه وقبضه المحال عليه بحكم الدراهم
لا الدنانير وان كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة قدر او وصف
وانما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته فيترتب كون
المراد ان الثابت من مشروعية الحوالة النقل المزبور والتبديل المذكور لا غيره وح لا تقتضي غيره وان تراضيا به [2] ولكن مع ذلك كله
قال المص فيه تردد بل عن ط في موضع منه وكرة والتحرير والحواشي واللمعة وقيع والايضاح في وجمع صد ولك وضة ومجمع البرهان
والمفاتيح اختيار الجواز بل في لك انه ان اشترطنا رضى المحال عليه وجوزنا الحوالة على البرئ فلا وجه للمنع اصلاً لانه لم يكن على المحال عليه
ذلك الجنس فح فاذا كان ورضي بتعيين الجواز بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء
جائز بالجنس وغيره مع التراضي وان كانت اعتياضاً فكذلك لجواز المعاوضة على ذلك وليست معاوضة بيع حتى يعتبر فيها التقابض
حيث يعتبر فيه ثم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البرئ ان الحق لم يتحول الى الدنانير وانما لزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت الدراهم
في ذمته للمحيل فيعتبر في التقاص تراض جديد وهذا حسن لان الاقل اجود لحصول التراضي سابقاً الى تحول الحق الى ما في ذمة المحيل وح
فالتسلط الذي هو باطنه انتفى منعه بالتراضي ثم قال والمتحرر من ذلك ان القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له مط الا ان يقول بعدم جواز
الحوالة على البرئ وان صحت الحوالة هنا الا انها تكون كالحوالة على من لا دين عليه لا انها تقع باطلة لانها لا تقصر عن تلك وانا القائل
بعدم اعتبار رضى المحال عليه لا يتجه القول هنا بالصحة سواء تحول الحق الى جنس المحال به ام بقي كل واحد بحاله لتوقف كل واحد على القسمة
على التراضي فان الاول استيفاء من غير الجنس او معاوضة عليه والثاني حوالة على البرئ وكلاهما مشروط بالرضا نعم لو قصد بالحوالة تحول
حق المحتال الى ما في ذمة المحال عليه اتجه القول بالجواز من دون رضى المحال عليه وسقط عنه معه التسلط الذي جعلوه مانعاً انتهى كلامه
ونقلناه بطوله لانه اقصى ما قيل في المسئلة ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه من عدم افادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء
مشروعية الحوالة ذلك لعدم الدليل وما ذكرناه ايضاً من انها عقد مستقل برأسه وان ثبت لبعضها احكام الاداء وبعض احكام المعاوضة
الا ان ذلك لا يقتضي ترتب جميع احكامها كما هو واضح واما ما ذكره من بناء المسئلة على جواز الحوالة على البرئ فهو خارج عن المقام
قطعاً ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحق المخالف لا الحوالة على من عليه الحق مع قطع النظر عن ذلك ودعوى صيرورتها حوالة على
برئ مع فرض قصد الجميع الحوالة على نفس الحق كما ترى ولعله يظهر ان هذه المتعبة التي ذكرها الاماثل مجرها وانما وجه المسئلة هو اثبات
صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل وعدمه فنفي جازم في الاول وجازم في الثاني ومتردد فلا ريب ولا كلام في ان مقتضى الاصول العدم
ولا اشكال في ذلك لعدم الاطلاق الذي يوثق به فضلاً عن غيره كما عرفته مفصلاً والاحتياط في ذلك لا ينبغي تركه ولو بان يقلب حق المحتال
الى جنس ما عليه الحق بعقد من العقود القابلة لذلك ثم يحيله عليه او بغير ذلك ولو احال على المحال عليه فقبل وادى ثم طالب بما اداه فادعى
المحيل انه كان له عليه مال وانكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل برائته وح يرجع على المحيل بما اداه ورضاه بعقد الحوالة
اعم من اشتغال [2] ذمة المحال عليه قال في الاول منها لتساقطا اصل برائته وصحة العقد بالتعارض فيبقى مع المحال عليه اداء دين المحيل
باذنه فيرجع عليه ولا يمنع وقوع الاذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها لاتفاقهما على الاذن وانما اختلفا
في امر آخر فاذا لم يثبت ما اختلفا فيه بقي ما اتفقا عليه من الاذن في الاداء المقتضي للرجوع على ان في زوال الاذن المضمن بزوالها ثبت

[3] بان ح

[2] يقع م

[2] لان تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضي عقد لا يكون مقتضياً لترتب ذلك عليه وان قصداه وتراضيا م

[2] ذمته لما عرفت من صحتها على البرئ بل لو قلنا باشتراط الاشتغال ومحكي مجمع البرهان انه يكفي لو اشترطنا في الحوالة الاشتغال الضمني م

في منعه عنها في تحقيقه انتهى والوكالة المعلقة على شرط وفيه ان المتجه تقديم قول المحيل مع دعواه اعترافا المحال عليه بالحوالة المحولة على الصحيح
القاطع لاصل البراءة ولانتفاء الرجوع بالاذن ضرورة كونه الاعتراف بها حجة اعترافا بشغل الذمة اما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة ولكن
احال عليه باذنه لاحقا او سابقا فعن كره وذلك لانه لو ورد اصل الصحة على اصل البراءة فانقطاعه به لكن قد يناقش بعدم اقتضاء
اصل الصحة شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس منها كما هنا فيرجح صحتها في حق المحيل والمحال فلو ادعى احدهما بطلانها كان القول قول مدعي
الصحة منهما اما المحال عليه فهو خارج عنها كان عقدها اذا العقد الذي قام به العقد من المحتال لا منه فلا يقتضي صحتها فيما بينهما اشتغال
ذمة الخارج وان قلنا باعتبار رضاه وح فاصل البراءة سالم عن معارضة اصل الصحة الذي هو في صحة حق المتعاقدين بعين ما بقي في ذمة
مال المسلم الذي لم يتبرع باداء نجاز ثلثها ولو للاذن في ضمن الحوالة التي هو صحيحة في حق المحيل باطلة في حق المحال عليه وليس للاذن
بقاء الاذن الضمني بعد زوال ما ثبت في ضمن المفروغ من بطلانه حتى في الوكالة المعلقة على شرط كما اوضحناه فيها وبما ذكرنا يظهر لك
وجه النظر فيما ذكره دليلا للمسئلة والاولى توجيه بما قلناه ولعله اليه اوما في جامع المقاصد على وجه تعارض اصلي البراءة والصحة
بتدليسيا قد عرفت بيان عدم الاعتداد بهذا الاصل وعلى كل حال فقد عرفت المتجه ونحوه فقبل وادعى كون الحوالة على البريء كالضمان
في عدم استحقاق الرجوع الا بالاداء لما عرفته في الضمان الذي يشبهه المفروض فلاحظ والله العالم وتصح الحوالة بمال الكتابة ولو
المشروطة بعد حلول النجم لثبوته في ذمة المكاتب وهل تصح قبله قيل والقائل الشيخ على ما في ذلك لا لانه يجوز له ان يعجز نفسه فتنفسخ
الكتابة وقد منعوا ذلك عليه كما ستعرفه في باب الكتابة انشاء الله ومع تسليمه فاقتضاه كون المال في ذمة العبد متزلزلا كالثمن في مدة الخيار
وذلك لا يمنع الحوالة كما لا يمنعها نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابة ثبوت مال في ذمة العبد لعدم ذمة اختيارية له وان وجب عليه
اداء مال الكتابة الا انه من التكليف لا الدين اتجه ح عدم صحة الحوالة به من غير فرق بين حلول النجم وسابقه بل المحكي عن الشيخ عدم
الفرق بينهما انه نحو ما سمعته في الضمان ثم انه ذلك نحوا ما اختاره جواز الحوالة به منكم قال فعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لانها
ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها وانا فرقنا بكون الحوالة لا انقرو ح فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة ولم
يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازما للمحتال ولا يبطل ما طار ولا يضمن السيد ما يقبضه من مال الحوالة ولا يخفى عليك ما فيه
من التفريع اولا وانا ذكرنا التحويل بحكم الاداء ثانيا مع انه اعترف به فيما يأتي بانها تفيد ملك المال للمحتال مضافا الى اعترافه سابقا
باقتضائها براءة ذمة المحيل مما عليه وبراءة ذمة المحال عليه مما كان للمحيل عليه لانها استيفاء واعتياض وعلى كل حال فهي بحكم الاداء
هنا وفي غيره بل لعلها كالضمان الذي اعترف بكونه اداء سابقا او اولى بل اعترف ايضا بكونها كالاداء فيما لو احال العبد سيده كما ستسمع
بعدم بطلان الحوالة على مال الكتابة لو فرض بطلان الكتابة ثالثا وح فالمتجه تخريجه بذلك حبطلان عتق السيد ولو باعه السيد
سلعة فاحاله بثمنها جاز لان حكم المكاتب بالنسبة الى ذلك حكم الاحرار من غير فرق بين سيده وبين غيره خلافا للمحكي عن الشيخ
فمنع جواز شرائه من سيده لجواز فسخ الكتابة الموجب على فرض صحة البيع استحقاق السيد على عبده شيئا بخلاف الاجنبي بل في
لك نسبته الى الشيخ وجماعة وان كنا لم نتحققه بل في عدة الفاضل انه الاقرب وهو كما ترى ولو كان له اي المكاتب على اجنبي دين فاحال
سيده عليه بجميع ما له من مال الكتابة الذي في ذمته صح لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولانه اي المديون سواء ادى المحتال عليه المال
للسيد اولا بان لو لم يسلم بتعذر الحكم نعم لو كان ما احاله به دين متزلزل في نفوذ التحرير ادراعاته بعدم الفسخ اشكال والله العالم
واما احكامها فمسائل الاولى اذا قال لمن له عليه دين احلتك بالدين الذي لك على مالي عليه من دين ونحو ذلك مما هو صريح
في الحوالة فلا اشكال في تقديم قول مدعيها اما لو قال احلتك عليه ونحوه مما هو ليس صريحا فقبض فقال المحيل قصدت الوكالة
وقال المحتال انما احلتني بما عليك فعن المبسوط ان القول قول المحيل لانه اعرف بما قصد بلفظه المحتمل الا انه قيل مضافا الى
اصالة بقاء المال ملكا للمحيل وبقاء حق المحتال في ذمته وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك كتعارف اسم التحويل على الوكيل لانه لا يدين

ويجب عليه التسليم ما عليه من الدين لصاحبه
اولى عليه عليه بدوكان ذلك اداء ومرموجبا
لتمريره كما اعترف به فيك وغيرهما
فيهما

١٤

لا ذكر له خصوصا اذا كان المراد الاذن في القبض له لا للموكل ولكن مع ذلك فيه تردد من ذلك ومن ان الاصل ارادة الحقيقة التي
هي الحوالة بالمعنى المتعارف بخلاف الوكالة وان صح عقدها به لكن بالقرينة ولو سلم بل في جامع المقاصد وحكي التحرير توجيح قول المحتال لانه
الموافق للاصل المذكور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة الا انه لم الاغراء بالجهل بل لو فتح احتمال التجوز لعدم في جميع
الابواب من بيع او صلح او اقرار ونكاح وغيرها فيكون ح قول المحيل مخالفا للاصل يحلف بالبينة واما الاصلان المذكوران فينقطعهما
ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك بل لو سلم تعارض الاصول كان مقتضى اليد كافيا في ذلك لان الفرض انه قبض وفي ذلك هذا التوجيه
حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة
وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحال
فيكون مقدما تسليطا للمحال عليه اونقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن
وهو تحويل الحق ثم قال وكون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف اظهر لا شبهة فيه لكنه يدل على مجازية الآخر لجواز
كونه من باب المشترك الذي يراد احد معانيه بقرينة والا فيرجع الامر الى انه هل هو من باب الحقيقة او المجاز او من باب
المشترك الذي دلت القرائن على ارادة احد معنييه وتظهر الفائدة في كون الآخر حقيقة ومجازا وبواسطة ذلك يختلف
الحكم وحيث استشعر بان التبادر علامة الحقيقة وعدمه علامة المجاز ولا ريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة بخلاف الوكالة
المحتاجة الى القرائن واجاب بان هذه العلامة لا تتم في المشترك الذي يتبادر الى الذهن احد معنييه مع القرينة مع انه حقيقة
في الفرد الآخر ايضا ثم استشعر بان الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعية وفي الوكالة حقيقة لغوية وعند التعارض تقدم الاولى
خصوصا مع اعتضادها بالعرف المقدم على اللغة ايضا ثم اجاب بانها في الوكالة ايضا حقيقة شرعية وان وافقتها اللغة وترجيح
الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة ثم استشعر بان
من المعلوم اولوية المجاز من الاشتراك عند التعارض واجاب بمنع ذلك اولا بل مقال جمع من المحققين باولوية الاشتراك
وبتسليمه ثانيا ولكن اذا لم يثبت وقد اثبتناه ثم قال فاحاصله انه وان كان الظاهر من معنيي المشترك في المقام المعنى المتعارف الا انه
يرجع الامر الى تعارض الاصل الذي هو بقاء المحيل والمحال والظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح في استعمالهم فالقول قول المحيل
كما اختاره العلامة وجماعة وان قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال الى غير ذلك مما اطنب فيه وهو كما ترى بل ما كنا نؤثر وقوع ذلك منه
انه لم يذكر دليلا صالحا للاشتراك فانه قد وقع الوكالة بكل لفظ يدل على الاذن حقيقة وان الحوالة لا تقتضي ذلك كان دلالتها على الاذن
للمحتال بطريق الحوالة لكن انه للقطع بكونها اسما للعقد المخصوص ومن هنا لا يحتاج انفهامها الى قرينة مدرك
ذلك واغرب من ذلك انكار التبادر علامة للحقيقة محتجا عليه بما عرفت مع ان من المعلوم ارادة التبادر من حيث الاطلاق محتجا
اللفظ لا مع القرائن ولا ريب في ان المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه وهو علامة كونه حقيقة فيها وتبادر بعضها خاصة
بالقرينة لا ينافي ذلك واغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقة الشرعية واللغوية والعرفية واغرب منه قوله تعارض الاصل والظاهر مع ان
المقام ظاهر لفظ لا يعارضه الاصل وبالجملة هو قد وان اطنب في ذلك لكن ما لا ينبغي صدوره منه والتحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض
اما لو لم يقبض ثم اختلفا فقال وكلتك فقال بل احلتني ففي المتن ان القول قول المحيل قطعا كما في القواعد لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد
الاحاطة بما ذكرناه ضرورة ان عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملك المحتال المال المحال به وانعزال المحيل عنه على وجه لو اراد
ابداله لم يكن له لصيرورته ملك المحال على وجه اللزوم وح فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه لانها استيفاء يترتب عليه الملك
وان لم يحصل القبض الا انه لا ينكر ظهور قطع المصنف هنا وتردده في الصورة السابقة في ان منشأ ذلك القبض وعدمه وكان الوجه فيه
ما اومأنا اليه من تحقق ضابط المنكر في صورة القبض وهو ما لو ترك ترك وكونه صاحب يد في ذلك مع موافقة قول المحيل للاصول

الثابتة حصل التردد بخلاف صورة عدم القبض فانه لا بدله ولا الضابط المزبور فانحصر ضابط الانطباق في المحيل وهو جيد فانه يكون
ثم ظهور فيما جرى بينهما من لفظ احلتك في الحوالة ولو لتعارف اطلاق نحو ذلك في انشاء عقد الوكالة كما ان من المتعارف اطلاق
التحويل على وكالة من لم يكن له دين على من عليه وخصوصاً اذا كان المراد تحصيل ذلك له لا للموكل واذا كان الارجح فرض عدم ظهور
اللفظ تقديم قول المحيل الموافق للاصل ومن هنا قد يتوقف في الحكم على المحيل بشغل الذمة للمحتال لو فرض كون النزاع بينهما في خلافه
مع اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما وابدو ضابط المنكر انما يجري مع عدم استناده الى التحويل المخالف للاصل كما هو
المفروض نعم لو ادعى الدعوى بان يقول المحيل وكلتك والآخر يقول في جوابه لا حق لك عندي المخرج تقديم قوله عليه كما هو واضح
ومن هنا يظهر لك ان القول قول المحيل على كل حال لو فرض كون جواب المحتال انك احلتني وفرض عدم ظهور ما اتفقا عليه
من جريان لفظ كما احلتك بينهما في الحوالة والا كان القول قول المحتال لتقديمها لظاهر اللفظ القاطع للاصل بذلك ولو انعكس
الفرض بان قال المحتال وكلتني وقال المحيل حولتك بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما فالقول قول المحتال عند المص
سواء كان قابضاً او لم يكن قابضاً لموافقته للاصول لكن قد عرفت ان الارجح كون القول قول المحيل ترجيحاً للموافقة لظاهر
اللفظ القاطع للاصل الذي هو اصل ايضا على ذلك نعم لو لم يكن ثم لفظ قد جرى بينهما وادعى احدهما الوكالة والآخر الحوالة
كان القول قول مدعي نفي الحوالة ثم لا يخفى عليك انه اذ قدمنا قول المحتال في المسئلة الاولى فان كان قد قبض برئت ذمة المحيل منه
مقدار ذلك لاخذه عوضه منه قهراً او مقاصة قهراً وكذا برئت ذمة المحال عليه ان كانت مشغولة لثبوت الحوالة ظاهراً وان كان
لم يقبض فله المطالبة ولكن هذا كله اذا حلف وان نكل حلف المديون وبطلت الحوالة وان قدمنا قول المحيل لم يكن قد
قبض المحتال بطلت وكالته بانكاره بناء على اقتضاء ذلك بطلانها وحوالته بحلف المديون وهل له ان يطالب المديون ح بحقه
لبقائه بزعم المديون ح في ذمته او لا لزعمه انه لا حق له على المديون بالحوالة وان حقه على المحال عليه وجهان وان كان قد قبض وكان
المقبوض باقياً فعليه تسليمه للمحيل ولكن الاقوى ان له مطالبة المحيل هنا لانه ان كان وكيلاً فحقه باق على المديون وان كان
محتالاً فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً فله الرجوع عليه وبذلك افترقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض ولو كان
المقبوض تالفاً فان كان تلفه بتفريط او تعد ضمنه للمحيل ولكن يرجع عليه لما عرفت وان كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان
ينشئان من انه وان كان وكيلاً ظاهراً الا انه قبض المال لنفسه باعترافه وهو خيانة يضمن بها ومن انه اما وكيل بزعم المحيل
فلا يضمن المال اذا لم يفرط او محتال بزعمه فالوجه فليس له مطالبة المحيل بحقه ظاهراً وان كان يزعم بقائه لاعترافه باستيفاء
حقه كما هو واضح واما ان قدمنا قول المحال في المسئلة الثانية وحلف فان لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه بناء
على انعزاله عن الوكالة بذلك وله مطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على المال عليه لبقاء دينه للمحتال وجهان من
اعترافه بتحوله كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلاً فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالاً فقد ظلم المحيل
باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه فللمحيل اخذه عوضاً عما ظلم به وان كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال
عليه ان كانت مشغولة على كل حال ثم ان كان المقبوض باقياً رده عليه وطالب بحقه وان كان للمحيل اخذه مقاصة وفي
ذلك ففي جواز تملكه له او وجوب رده على المحيل وجهان من احدهما انه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه واعترافه بانه
ملك المحيل وانه امين في جهة الاداء والاول اجود وفيه ان المتجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه كما هو واضح وان كان تالفاً بتفريط
او تعد فله المطالبة ايضا بحقه وان ضمنه للمحيل باعترافه بل له اخذه منه مقاصة بعد دفع حقه اليه وان لم يكن بتفريط لم يضمنه له
وكان له المطالبة بحقه لكن ولكن في ضمانه وجهان فاحدهما ثبوت كونه وكيلاً ظاهراً منه يد امانة وانه لا يلزم من تصديقه
في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه كانت على نفي ما يدعيه المحيل لا على اثبات ما يدعيه

ما يدعيه ومنه ان عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يد عدوان والاصل البراءة وان قدمنا قول مدعي الحوالة حلف وبرئ
من دين المحتال وفي ذلك وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة وعليه اما اخذه اما تقاصاً على زعمه او لانه
عين حقه كما اقتضاه النظر وفيه انه لا يجدي النظر لبقاء اعترافه بكونه غير حقه نعم بناء على استحقاقه له باعتبار اخذ المحيل ما في ذمته
عوضاً عن ذلك توجه له المطالبة به كما تقدم نظيره في المسئلة الثانية بل يأتي ايضا الكلام في المباحث الآتية والا فلا والفرض
انعزاله عن الوكالة بانكارها المسئلة الثانية قال الشيخ فيط اذا كان له على اثنين الف درهم وكل منهما كفيل
ضامن عن صاحبه فطالب احدهما بالالف فاحاله بها على آخر برئ المحيل وصاحبه من الالف لان الحوالة بمنزلة البيع
المقبوض واذا قضى دينه برئ ضامنه واذا قضى ما ضمنه برئ من عليه الدين وهو المضمون عنه فيجب ان يبرأ صاحبه من
ضمانه التي عليه لانه قضاها ومن ضمانه الضمان لانه قضاها عن المضمون عنه ويرجع عليه بحصة الضمان ان
ضمن باذنه والا فلا ولو كان له على رجلين الف ولرجل عليه الف فاحاله بها على الرجلين وقبل الحوالة كما جاز وان كان
كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فاحاله عليهما الشيخ الحوالة لانه يستفيد بها مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالالف
وهذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة وذلك لا يجوز قال وقيل يجوز له ان يطالب كل واحد منهما بالالف فاذا اخذه
بعد الآخر وهذا قريب واورد عليه في لف بان الضمان نصفها ناقل فاذا ضمن كل منهما نصف الالف عن صاحبه فلا يخ المضمون له
اما ان يرضى بضمانهما معاً او بضمان احدهما خاصة ولا يرضى بشيء منهما فان رضي بهما معاً او لم يرض بشيء منهما لم يكن له مطالبة
كل واحد منهما باكثر من النصف اما على تقدير عدم الرضا مطالبة كل واحد منهما بالالف لان الضمان عندنا ناقل وانما يأتي المطالبة
على قول المخالفين لان الضمان عندهم غير ناقل واما اذا رضي بضمان احدهما خاصة فانه يطالبه الجعل بالالف خاصة وليس له
على الآخر سبيل قلت يمكن حمل كلام الشيخ على ارادة الكفالة من الضمان ولعله اوفق بالمتن بقوله اذا كان له دين
على اثنين وكل منهما كفيل لصاحبه وعليه لآخر مثل ذلك فاحاله عليهما صح وان حصل الرفق في المطالبة على معنى اشتغال حق
الكفالة بالحوالة ولا يقدح اقتضاءها تناوله حقاً اكمل من الدين الذي على المحيل لاطلاق ادلتها وح للمحتال المطالبة بحق الكفالة له
الذي قد يؤول بتعدد المكفول مثلاً الى المطالبة بالدين كما ستعرفه انه من الغريب ما في لك فانه بعد ان ذكر نحو ما سمعته
من المختلف مقدمة للمسئلة قال الشيخ ذكر هذه المسئلة في ط وحكم فيها بعدم الصحة معللاً بزيادة الارتفاق
وهذا يتم على القول ان الضمان بمعنى الضم كما بيناه اذ على تقدير النقل يستفيد زيادة ارتفاق بل يبقى الحكم كما كان
ومع ذلك فهو موضع نظر لان هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف من مذهبنا هو النقل فالبحث كله ساقط والمص
وافق الشيخ على فرض المسئلة الا انه لا يتم الا على القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه في الحكم وحكم بالصحة فيها
على ان الرفق المذكور غير مانع بقوله وان حصل الرفق في المطالبة والحق ان المص لو يذكر المسئلة الا على وجه التفريع
والتنبيه على ان ما حكم به الشيخ لا يتم وان بنى على ذلك الاصل نظراً الى ان زيادة الرفق لا تمنع كما لو احال على من هو اكثر ملاءة
واما ما ذكره الشيخ لها فلينزلها على كون الضم اذ لا يتم الا عليه والمص قد لوح في المسئلة بالخلاف في موضعين احدهما
قوله على قول مشهور لنا والآخر على القول بانتقال المال كما نبهنا عليه في الموضعين اذ هو كما ترى لا ينبغي صدوره فان
حمل كلام المص على ما ذكره مع عدم اشعار في شيء من كلامه بذلك اشبه شيء بالمعمى بل هو اعظم كما ان حمل كلام الشيخ على كون
ذلك مذهباً له وان المص اشار الى ذلك بما سمعت من الذي ينبغي الاستغفار منه على ان المذكور في كلام المص لفظ الكفالة
التي لا داعي الى ارادة الضمان منها خصوصاً بعدما اوما الى وجه المنع بان الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضاها الا نقل
المال الى المحتال لا غير فترتب تعدد المطالبة لانتقال حق الكفالة بها مع انه لم تنتقل الا الدين الخالي عن ذلك مما يمكن التامل فيه

فظاهر واما على تقديره فلا انتقال بل في ذمة
كل منهما الى الآخر فيبقى كما لو لم يكن ضمان وليس
له على تقدير الرضا

بل منعرض وعرض صيانة للبيع من تغيير جنس الثمن ووصفه بما كا سمعته سابقاً في اشتراط المساواة بل لعل المقام
اولى باعتبار ان الكفالة قد كانت من حيث كون الاصل صاحب الدين ما لا يحصل الملك له بالحوالة فقد تنفع الكفالة
لانها تنتقل الى آخر وكذا لو كان عليه رهن ولعله لذا جزم في عد ومحكي كره والحواشي وجامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفالة
لما نتقل الحق عن المستحق بكيع اما احالة او غيرها بخلاف الارث وان كان هو لا يخلو من نظر خصوصاً مع التصريح بذلك
ومن رضا الكفيل ولعل ذلك كاف في تقييد المسئلة مسئلة المتن وان كان الاصح خلافه لان ذلك من موانع
الدين الذي نقل بالحوالة لا من آثارها ومقتضياتها بل لعل الرهانة ايضاً كذلك للاصل وغيره والله العالم المسئلة
الثالثة اذا احال المشتري البايع مثلاً بالثمن كله او ببعضه ثم رد المبيع بالعيب السابق اما اللاحق فلا ثلثة مسئلة
او بالاقالة او نحو ذلك مما يقتضي الفسخ من حينه بطلت الحوالة عند الشيخ في المحكي عن ط قيل واليه يرجع ما في الايضاح
وجامع المقاصد ومجمع البرهان انه قوي لانها تتبع البيع في ذلك وفي عد بطلت ان قلنا انها استيفاء فاذا بطل الاصل
بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض
لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب ولعله للتردد في ذلك قال المص وفيه تردد
كما عن الارشاد بل قيل وكذا التحرير وكره وغاية المراد وغيرها حيث لا ترجيح فيها لكن قد يقال ان اصالة اللزوم في عقدها
واستصحابها يقتضي عدم البطلان وهو من توابع البيع عرفاً انها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو احد اركانه
لا من توابعه في البطلان اذ هي عقد مستقل برأسه وان قلنا انها استيفاء لكنه بعقد لازم فلا يفسخ با
نفساخ العقد بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه من حيث انه ليس عقداً مبنياً على اللزوم بل هو من توابع التملك بالبيع
المزوض المنفاسخ فيتبعه بخلاف المزوض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع وهو الحوالة فلا وجه
لانفساخها بانفساخه بل يمكن دعوى عدم انصراف التوابع بالمعنى المذكور من المصادرة ح بل لا فرق في ذلك بين قبض المحتال
ما احيل به وعدمه وان جعل الفخر الاشكال في محكي التحرير فيما اذا رد قبل القبض وح فللمشتري الرجوع على البايع
خاصة بل لو كان قابضاً لا يتعين له المقبوض بل الحكم ان للمشتري الرجوع على البايع وان لم يكن مقبوضاً لانها بحكم
الوفاء بالنسبة الى ذلك وانا يستشكل فيه الفاضل فيما عدا من ان الحوالة كالقبض فحينئذ لا يطالب البايع بعودها السلعة
ومن ان التزام للمقبوض ولم تحصل حقيقته قال فيها ايضاً فان منعنا الرجوع فهل له مطالبته بتحصيل الحوالة
اشكال من توقف مطالبته بحقه على ذلك ومن ان المال لمحال عليه والناس مسلطون على اموالهم وهذا حاصل ما
اطنبوا في وجهه ولكن مقتضى حدها في الاشكال الاول والثاني تعطيل حق المشتري اذا لم يتوقف رجوعه
على القبض الذي للبايع تأخيره وعدم المطالبة به لتسلط الناس على حقوقهم ومن ذلك يعلم ان المتجه ثبات الرجوع
له وان لم يقبض لانها في الحوالة بحكم الاداء بالنسبة الى ذلك وليس له مطالبة المحال عليه لعدم الحق له هذا
كله على تقدير القوة وعلى تقدير البطلان فان لم يكن اي البايع قبض المال فهو باق في ذمته اي المحال عليه للمشتري
لان الفرض انفساخ البيع وانفساخها وليس للبايع بعد ذلك قبضه فلو فعل لم يقع عن المشتري لبطلان الاذن في
ذلك لبطلان الحوالة وان احتمل بقاء الاذن الضمني وان بطلت كالوكالة والشركة ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوع
كما لا تعرف في محكم قياس مع الفارق ولو كان قد قبضه فقد برئ المحال عليه للدفع بالاذن ويتعين المشتري ح مطالبة البايع
فليس له رده على المحال عليه بل لا خلاف فيه بيننا نعم لو قيل قد يناقش بان مقتضى بطلان الحوالة عود المال لصاحبه فله
يتوجه للمشتري ح المطالبة به للبايع هذا كله في احالة المشتري للبايع بالثمن اما لو احال البايع اجنبياً

اجنبياً له عليه دين بالثمن على المشتري ثم فسخ بالعيب السابق او بامر حادث يقتضي الفسخ من حينه لم تبطل الحوالة بلا خلاف بل
عن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه لانها تعلقت بغير المتبايعين والاصل فيها اللزوم فهو ح كما لو اشترى بالثمن ثوباً فان فسخ
البيع لا يقتضي استحقاق الثوب ولا فسخ عقد شرائه بل له مثل ثمنه او قيمته ولو ثبت بطلان البيع من اصله لا من حينه بطلت
الحوالة في الموضعين لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه وان قلنا بجواز الحوالة على البري فان الفرض ارادة الحوالة عليه
من حيث ثبوت الثمن في ذمته لا مطلقا فهي حوالة على ما في ذمته لا عليه كما هو واضح فالمال المقبوض ح باق على ملك المشتري
وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البايع والله العالم القسم الثالث في الكفالة بالفتح ولا ريب في انها من العقود
الصحيحة بل في محكي كره انها جائزة عند عامة اهل العلم ولكنها مكروهة لما هلكت القرون الاولى وهي خسارة وغرامة وندامة والمعروف
في تعريفها انها عقد شرع للتعهد بالنفس والبحث فيها انما نفس العقد وآثاره وفي خصوص الالفاظ والمطالعات فيها على نحو ما تقدم
في البيع وغيره وكذا اعتبار المقارنة بين ايجابها وقبولها والعربية ونحوها مما يعتبر في العقود اللازمة لكن في محكي التحرير بعقد بالكناية
ولعله لصحة كفالة الاعيان المضمونة عنده او الاعيان التي يراد الشهادة على عينها كما صرح به بعضهم فيجوز كفالة الدابة والكتاب
وغيرهما للشهادة على اعيانها بل وبما احتمل ذلك في عبارة عد الآتية ولكن لا يخفى ما فيه من ان نظرا ممنوع ضرورة الشك في تناول الادلة لمثل
والاصل عدم ترتب الحكم اختصاصها بالنفس بالادلة لا الدابة ونحوها وفي محكي كره الضابط في ذلك ان نقول حاصل كفالة البدن
التزام احضار المكفول ببدنه فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء يستحق احضاره يجب الكفالة ببدنه ونحو عن ط
وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه ولكن في عد تصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الزوج
زوجيتها او كفيل يدعى عليه الكفالة او صبي او مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف وبدن المحبوس لامكان
تسليمه بامر حبسه ثم يعيده الى الحبس او عبد آبق او من عليه حق لادمي مال او عقوبة قصاص الى ان قال ولا يصح على حد
الله تعالى والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان الاعيان المغصوبة فان ردها وان
تلفت فالزم بالقيمة وضمان الاقرب العدم كون المكفول دون الوديعة والامانة ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم تقم البينة
بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور والكفالة ببدن الميت اذ قد يستحق احضاره للشهادة على صورته ولكن لا يخفى عليك ما
في جملة من ذلك وعن فخر الاسلام الكفالة في مذهبنا انما تصح بشرط ان يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والحق اما ان يكون
ديناً او عيناً وقيل كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع فانه تصح كفالته قلت فعلى الاخير هو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى
دون الاول وعلى كل حال فالمتيقن من مورد الكفالة التعهد باحضار النفس المستحق عليها ذلك بسبب حق ولو دعوى
للمكفول له عليها نعم لا تصح في الحدود للاجماع المحكي عن التذكرة على ذلك ولقوله ع في المروي من طرق الخاصة والعامة
لا كفالة في حد وربما تسمع لبعض المسائل المذكورة في المباحث الآتية تتمة الكلام وتتم عقدها بالايجاب من الكفيل والقبول
من المكفول له ومن هنا لم يكن اشكال بل ولا خلاف في انه يعتبر رضاهما اي الكفيل والمكفول له بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً
الى معلومية عدم الالتزام بحق من دون رضا الطرفين دون المكفول الذي هو بمنزلة المضمون عنه بالنسبة الى ذلك عند المص
بل عن كره نسبته الى علمائنا العموم ونحو انه بعد تناول الملاك الكفالة لذلك ولان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث
يطلب ومن المعلوم انه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط في
وكالته رضا الموكل عليه وقد يخرج بما قد يمنع تناول الملاك الكفالة المحتمل اعتبار رضا المكفول عنه في تحقق مسماها كعن المكفول
له وما في ذلك وغيرهما من انه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضا الاخيرين بل يكفي كيف اتفق نحو ما سمعته في المحال عليه
مجرد دعوى لا دليل عليها ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الايجاب من الكفيل لا ان من الشك في تناول

الاطلاق فلا تندرج فى اوفوا والاصل عدم ترتب اثر الكفالة ولعله لذلك كان المحكى عن الشيخ والقاضى وابن حمزة وادريس اعتبار
رضاه بل عن الفاضل فى التحرير انه قواه لا لما قيل من الاستدلال له بانه اذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره
فلا تصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور وهذا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه فى
الحضور اذ هو كما ترى مصادرة محضة مع انه رده فى لك وغيرها بان مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع
لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا و فائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار
حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لا يقصر عن توكيله وان لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه وان كان برضاه وان كان قد ناقش
بعلومية زيادة حق فى الكفالة على الوكالة التى هى غير لازمة للكفالة اذ الظ انه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره لارادة ابراء نته
من عهدته من دون طلب المكفول له كما هو كذا والتوكيل جامع مع صحة وابن المتوج الجزم به بل عن الكركى انه قطعى وكان الذى اوقعه
فى ذلك ما فى عد يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فالاقرب مع ان المراد
منها على الظ وجوب الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فالاقرب مع ان المراد منها على الظ [3]وان لم يطلبه مع
وجوب الحضور مع الكفيل وان لم يطلبه المكفول له منه اذا كانت الكفالة بالاذن نعم لو كان متبرعا لم يجب عليه الحضور الا مع
طلبه منه فهو موافق لما قلناه فى القسم الاول واما الثانى فقد ينافيه بانه متى صحت الكفالة تبرعا لحقه حكمها وهو وجوب الحضور
مع الكفيل لو طلبه ولعله لان تكفيله يقتضى تسليطه عليه بالاحضار وان ذلك من احكامها شرعا ولولا ان التكليف بالاحضار
يقتضى تكليف الاخر بالحضور بل لعله يدعى ظهور ادلة الكفالة فى ذلك فلا حظ وتامل وما انتم وهذا الخمر وطلب المسئلة ح
فان رضا المكفول شرطية مع الشك فيه بالاطلاق وامانة من اركان العقد على وجه لا يتحقق الكفالة بدونه ولا اقل من الشك
والاصل عدم ترتب الاثر ولعل الثانى لا يخ من قوة ولا ينافيه عدم اعتبار رضا المحال عليه لو قلنا به ولا عدم اعتبار رضا المضمون
لامكان الفرق بينها وبين الحوالة على مشغول الذمة بدون رضاه على وجه لا شك فى صدق اسم الحوالة عليه عرفا وبعلومية
حبا نا التبرع بالوفاء عن المديون وليس المقام من الثانى قطعا لا الانعاقد فى كفالة الغائب على وجه تندرج فى الكفالة بحيث
تدخل فى اطلاقها فتم جيدا وكيف كان فتصح حالة ومؤجلة على الاظهر بل لا خلاف فى الثانى بل فى صه انه موضع وفاق على
معنى الكفالة الى شهر فليرده احضاره بعدما شهر لحلول الاجل فى الدين ونحوه انا لو قال كفلته شهرا بمعنى التعهد به فى شهر
الشهر فعن التحرير صحتها وسماها الموقتة ولعله لاطلاق الادلة على المنع فى الاول بل عن التراكه حق اليقين خلافا للمحكى
عن ظ الشيخين وفى المقنعة والنهاية وابن حمزة وسلار وعن القاضى فى احد قوليه بل عن الابى فى كشف الرموز الجزم
به لكن لم نعرف لهم دليلا يخرج به عن اطلاق الادلة المقتضى عدم الاشتراط لا قدمنا نظيره فى الضمان بل قد تقدم عن ابن
ادريس تاويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به كل ذلك لضعف القول به ودعوى ان الكفالة لابد لها من فائدة فلو
شرعت حالة كانت خالية عن فائدة اذ للمكفول له ان يطلب المكفول من الكفيل متى وقوع الكفالة من غير حد توقعى ومد الله
يكون عبثا لا حاصل له واضح مع الاطلاق تكون صحيحة معجلة واذا اشترط الاجل فلابد ان يكون معلوما على وجه لا يختلف
زيادة ونقصا بلا خلاف نجده فيه بيننا بل لعل الاجماع بقسميه عليه فى المقام وفى غيره من العقود اللازمة حتى انها تكل فيها للغرر
كالصلح ونحوه وهو الحجة مضافا الى القاعدة الغرر بناء على عمومها لمثل المقام والا كان الاول الحجة وان حكى عن بعض العامة من جواز الجهالة
له فى الاجل هنا قياسا على العارية وانه واضح الفساد بعد بطلان القياس عندنا مع الفارق بالجواز فيها واللزوم هنا وكيف
كان فلا اشكال ولا خلاف فى ان [2]له تسلمه تسليما تاما بحيث يتمكن المستحق منه فتعين تاما عليه من حق الكفالة وان لم يتسلمه
منه سبيله تمكن من الحكم ولا على الاصح بل الاظهر عدم اعتبار الاشهاد فى ذلك الا لارادة الاثبات لو انكر وان كان قد يتوهم

[2] للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عاجلا ان كانت الكفالة معجلة او بعد الاجل ان كانت مؤجلة فان م

يتوهم ذلك من المسالك وغيرها لكن لا دليل عليه وان امتنع الكفيل عن ذلك كان له حبسه عند الحاكم بل وله عقوبة عليه حتى يحضره او يؤدى
ما عليه كما عن النهاية والسرائر وفى المختصر والتحرير و د والمعة وضة قال عم فى خبر عمار ان امير المؤمنين عم برجل قد تكفل بنفس
رجل فقال اطلب صاحبك وفى خبر الاصبغ بن نباتة قضى امير المؤمنين عم فى رجل تكفل بنفس رجل ان يحبس وقال اطلب صاحبك وفى خبر
اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عم ان عليا عم اتى برجل كفل برجل بعينه فاخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتى بصاحبه وفى خبر عامر
ابن مروان عن جعفر عن ابيه عن على عم انه اتى برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه فقال اطلب صاحبك الا انها كما ترى ليس فى شئ منها
التخيير بين الاحضار والاداء كما هو ظ الجماعة المقتضى وجوب القبول على المستحق مع بذله له بل الاول خاصة ومن هنا
كان المحكى عن كرة وغيرها عدم وجوب القبول على المكفول له اذا بذل الكفيل الحق لعدم انحصار الغرض فيه اذ قد يكون له غرض لا
يتعلق بالاداء او لا يتعلق بالاداء من الغريم حق الغريم لانه غير ملزم بالاحضار خصوصا فيما لا بدل له كحق الدعوى او في ذى البدل
الاضطرارى كالدية عوض القتل والمثل عوض الزوجة واختاره فى لك والرياض ولكن قد ينافى ذلك بانه معنى الكفالة عرفا على
ذلك بل هو المقصود بين المتعاقدين لها وقد ينافيه قول الصادق عم فى مرسل الصدوق الكفالة خسارة غرامة كغرامة فى خبر داود
الرقى مكتوب فى التوراة كفالة غرامة ندامة فى مقتضاها ذلك بل قد يشعر بذلك فى الجملة حكم من اطلق غرمها والقائل عما لكن
لا ينافى فى ذلك كله ما استعمر من تفضيل خبرى البقباق الاتيين وقال لنا بان الظ اندراج التبرع بها وان الحق فى الوفاء الذى
[2] دعوى م
يجب قبوله على المستحق وان كان من غير من عليه الحق واعتبار تشخيص المديون ذلك وفاء مقتضى عدم احتسابه وفاء حتى
مع الضمان المديون وهو مخالف لا قطع به كدعوى اختصاص ذلك فى حال التراضى التى لا مدرك لها بالخصوص بل الكيت
الا لصدق وفاء الحق ووجوب قبول ذلك من باذله من غير فرق بين المديون وغيره وح فله التبرع بالوفاء المقتضى سقوط الحق
الذى تسقط الكفالة بسقوطه وان لم نقل ان ذلك من مقتضياتها نعم انما يتم ذلك فى الدين ونحوه اما فيما لا بدل له او
له بدل اضطرارى فلا يجب عليه القبول اللهم الا ان يقال ان فى مقام حصر الفرد بالتخليد بالحبس ونحوه بنقله الحاكم اليه اولى
ما يقتضى ارتفاع مثل هذا الفرد به كما عساه يؤمى اليه فحوى ما استعمر فى الطلاق التائل وعلى كل حال فما ذكره
المص والجماعة لا يخ من قوة ثم ان الكفيل يرجع على المكفول بما اداه ان كان الاداء عنه باذنه وان كانت الكفالة بغير اذنه
بناء على مشروعيتها والفرق بينها وبين الضمان بغير اذنه مع كون الاداء باذنه ان الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات فيكون
حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبى فاذا اداه باذن من عليه فله الرجوع بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال الى ذمة
الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الاذن فى الاداء لانه كاذن الاجنبى للمديون فى اداء دينه الا ان يراد منها الوكالة فى الاداء
عنه وان كان الدين على المديون المأذون ولا يرجع عليه مع عدم الاذن فى الاداء وان كان قد كفل باذنه فان امكن مراجعته واحضاره
للمكفول لضرورة كونه متبرعا بالوفاء ح لعدم اقتضاء الكفالة الاذن فى ذلك فى الحال المفروض نعم اذا ادى مع فرض تعذر
الاحضار فى لك له الرجوع وان لم يأذن له فى الاداء لان ذلك من لوازم الكفالة له فالاذن فيها اذن فى لوازمها وفيه
انه منافى لما سمعته منه ومن غيره سابقا من انها لا تقتضى الا الاحضار ولذا لا يجب على المكفول له القبول اذا
بذل الكفيل ومع فرض ان ذلك من لوازمها لم يجب عليه القبول ضرورة كونه ح كالوكيل عن المديون فى ذلك
نعم قد يكون فى الكفالة بل لعل قاعدة احترام حال المسلم تقضى به ايضا لعدم صدق التبرع عليه بذلك ولغير ذلك
مما لا يقتضى كونه من لوازم الكفالة ان لم نقل ان مقتضيا تها دفع المال عن المكفول ولو فى حال العجز الاحضار فلا
اتجه له الرجوع ح كما ذكره فتم جيدا والله العالم ولو قال ان لم احضره كان على كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال
ولو قال على كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرطه من المال كما فى عد ومحكى تد لكن يمكن ان يكون المراد

ان لم يحضره كما في قع وحكيه والسرائر وكره وحواشيه عدّ ما واللمعة والمهذب البارع وكشف الرموز وقع بل هو ظاهر المحكي عن القاضي
وابا حمزة بل في الايضاح والمحكي عن ايضاح فع نسبته ذلك الى الاصحاب بل في المهذب وشرح عبارة فع ان المسئلة
اجماعية وفي جامع مقد في شرح عبارة عد هذا ومق من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفيه ايضا وحكي
الحواشي وغاية المرام ان الفارق بين المسئلتين الاجماع والنص ولكن مع ذلك كله نظر فيه فلك بعد ان حكاه
عن ابن فهد والكركي قال لمنع الاجماع في موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يبينه والموجود كلامهم
في المسئلة جماعة ليس وابا قربه لا يعرف حكمهم فيها ومع ذلك فقد ذكر العلامة في لف كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال
وعندي في هذه المسئلة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ والجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد
انسب وقد عرفت ان للمص وحده فيها قولين هنا وحكم في فع وللعلامة فيها وحده اربعة مذاهب فدعوى الاجماع
مثل ذلك عجيب وفيه ما لا يخفى عليك من عدم منافات ذلك لحكاية الاجماع وان كان هو كما ذكره محلا للنظر لكن ليس لذلك
بل لما ستعرفه المنه على ان ترك الفتوى للمص والفاضل في بعض كتبهما مع احتمال ارادتهما بقرينة ذكرهما له في بعض
الاخر لا ينافي الاجماع على اصل المسئلة وقول الفاضل ان قول ابن الجنيد انسب ليس قولا في المسئلة وكذا المذكور
عنه في الجمع بحمل المال في احد الشقين على المال المكفول وفي الاخر على مال لم يكفل ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره وكذا ٢عليم
منافية في سند الخبرين الذين هما الاصل في هذه المسئلة احدهما خبر البقباق عن ابي عبد الله عم سئلته عن الرجل
تكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يات به فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل
بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يات به الى الاجل الذي اجله وهو اما صحيح او موثق
والثاني خبر ابي العباس قلت لابي عبد الله عم رجل تكفل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم قال
في يب وفي الكافي ان جئت به والا فعليك خمسمائة درهم وفيها معا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم
فان قال علي خمسمائة درهم قال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وهو موثق ايضا بل في سنده ابان الذي هو من اصحاب
الاجماع وبذلك اكتفى جماعة من الاصحاب على الفرق بين المسئلتين وقال ان كثيرا من المسائل حكم فيها بخلاف عقد
باقل من ذلك الا ان الانصاف استبعاد التعبد في امثال هذه المسائل خصوصا في المقام الذي ليس فيه الا تاخر الشرط
وتقديمه مع انه ان اخر لفظا فهو مقدم معنى بعد لا عضك عن اقتضاء التعليق البطلان وعن عدم صلاحية
مثل اللفظ المزبور وفي المتن وغيره من حصول عقد الكفالة او الضمان به ولولا ما سمعته من الاجماع المزبور لامكن
القول بان المراد من الروايتين بيان الفرق في عقد الكفالة من الاقتصار عليه فقط وبين اشتراط اداء المال فيه
مع عدم الاحضار ففي الاول لا يكلف الا النفس ابدا وفي الثاني يغرم المال ان لم يحضر فيراد من قوله الا ان يبدأ
اظهار اشتراط الدراهم من بدء الامر بدواء ظهر كما في الصحاح او من بادى فلان بالعداوة اي جاهر بها كما
فيه ايضا اي الكفيل انما يكلف باحضار النفس ابدا الا ان يظهر او يجهر باشتراط الدراهم ان لم يات به فيكلف بها ان لم يحضره
والتعرض في كتابه يبدأ بما يقتضي الاولوية انما هو من النساخ مع انه يمكن عليها ايضا ارادة هذا المعنى لا التقدم والتاخر
وقوله فان لم يات به في الخبر الاول على جهة الاستفهام من السائل فاجابه بذلك والخبر الثاني على ما في الكافي وبعض نسخ
التهذيب منطبق ايضا على ذلك ضرورة ان اشتراط الخمسماية فيه الاول انما كان من المكفول له لا من الكفيل
ومن المعلوم عدم التزامه بذلك اذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه بعقد الكفالة ولذا قال عم في جوابه انه
قال هو علي خمسماية درهم ان لم آت به لزمه ذلك نعم انما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب والظاهر انه

انه اشتباه من النساخ فان ما في الكافي اضبط خصوصا مع اعتضاده ببعض نسخ يب وشهادة الرواية الاولى له وهذا
معنى جيد في الخبرين ولا يبعد لما تقدم من النص والفتاوى في عدم تكليف الكفيل الا بالاحضار وانه يحبس على ذلك
وهو معنى قوله عم هنا وهو كفيل بنفسه ابدا كما ان الخبرين ظاهران او صريحان في وجود عقد الكفالة بغير هذا
اللفظ وانما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم وليس هو بمعنى التعليق المقتضي
لبطلان العقد وبذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور وان لم يكن هو على المكفول وان كان المنساق
الى الذهن ارادة اشتراط ما على المكفول ولعل هذا هو المحكي عن الكركي من بيان الفرق بين المسئلتين بانه اذا
قدم براءة ذمة المضمون عنه بقوله علي كذا امتنعت الكفالة ح لعدم حق له ح عليه فلا يلزم الا بالمال بخلاف ما اذا
قدم الكفالة فانه يكون الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولما فات الضمان صحت الكفالة اذ هو
كما ترى مناف لما عرفته من النص والاجماع المحكي وغيره من تقييد لزوم المال في صورة تقديم الضمان بعدم الاحضار
وانه مراد المص هنا وان ترك ذكره ومناف ايضا للتعليق المقتضي لبطلان الضمان بل وعدم براءة المضمون التي ذكرها
وبنى عليها بطلان الكفالة بل ومناف لما هو ظاهر الخبرين او صريحهما من حصول عقد الكفالة اولا بغير اللفظ المزبور
بل لا يتم ايضا بناء على ان المسئلة اعم من كون المكفول عليه الحق من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان وعلى
تقديره فما جعله الضمان عليه من كذا في الاولى وخمسمائة في الثانية ومطلق في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي
على المكفول وزائدا وناقصا ومماثلا له في الجنس ومخالفا والضمان المدعى لا يتم الا في قليل من هذه المسائل بل فيه ايضا
انه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدل على كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيها ضمان
معلق على شرط تقدم او تاخر اما الكفالة فهي مجعولة شرطا اذ مجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة ولو قيل انه اتى
قبل ذلك بلفظ يدل عليها فتقديم مثل ذلك مبطل للفرق الذي ادعاه بين المسئلتين الى غير ذلك مما لا يخفى واولى
ايضا مما حكاه في الدروس والروض من حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كالدكان عليه دينار
فقال ان لم احضره فعلي عشرة دنانير فانه لا يلزمه المال اجماعا لانه التزام بما ليس عليه اما الثانية فانه التزم
بما عليه وهو الدينار مثلا فكأنه قال علي الدينار مالي ان لم احضره اذ لا يخفى عليك ما فيه من المنافاة ٢عليم
لاطلاق المال في الصورتين المتقاربتين بل مقتضى تعريف الدرهم في قوله الا ان اي كون المراد الدراهم الاولى
لا انسياق العهود منه كما في نظائره على ان الرواية الثانية قد اتحد فيها لفظ الخمسماية في الصورتين واولى ايضا مما
ذكره المقداد مستحسنا له قائلا انه لم يذكره احد من الاصحاب وهو ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة
وتعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يات به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتقدمها وما بعدها من المال لازم
للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يات به واما الثانية تشتمل على ضمان معلق على ٢فنا نمام
شرط والشرط متاخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله علي كذا والشرط
بعد مناف له فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي اذ لا يخفى عليك ما فيه ايضا فانه بعد ابتنائه على ٣مع٢
ارادة خصوص ما على المكفول من المال لا وجه له للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا الا انه لا وجه لقياس ذلك على
تعقيب الاقرار بالمنافي وعلى كل حال فما في لك فانه بعد اطناب في ذكر وجوه الفرق وافسادها قال اذا
تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبها
ما ذكر من الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى قسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على

معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ يوجبه وقوله بعده فان لم اه اما ان يحمل على كون المكنى عنه هو الحق المكفول لاجله علا بقرينة
مقتضيات الكفالة وح فلا اشكال في الاولى فانه يصير كفيلا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط
فيهما فهو ضامن للمال ايضا ان لم يات به الى الاجل وح فلا فرق بين الصيغتين لاتحاد الحكم فيهما ويكون الاستثناء
منقطعا اذ لم يحصل به اخراج فكانه بين ان الحكم كذا ان قدم الدراهم او اخرها وبقي قوله في الرواية الثانية عليه نفسه ولا
شيء عليه من الدراهم ناظرا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليه عند الاخلال بالاحضار وان لم نعمل بمفهوم الشرط
اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه
ما التزمه ان لم يات في الموضعين باعمال مفهوم الشرط في الاولى ويناسب هذا الحمل ككون الكفالة قد لا يكون غايتها
المال كالقصاص والزوجية ثم على تقدير المال مجانا فنسبا للمكفول لاجله ينبغي الحكم باحتسابه نظرا الى اقتضاء الكفالة ذلك
ولو كان مخالفا احتمل رده اليه بالقيمة ايضا وان لم تكن الكفالة لاجل مال فهو التزام وتبرع محض واطلاق الرواية
يقتضي صحته وعلى ما قررناه لمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود
حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية صعوبة في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسئلتين مع كونه قد ردد
بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها
لا يخرج من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو اطرحنا امثال
هذه الروايات التي هي من شواذ الاخبار انتهى اقول انه كما ترى من غرائب الكلام بل لا يليق باهله ردا وطعنا الذي ادى به
في خلاف اسائة الادب في هذه المسئلة مع الشيخ ره الذي حفظ الحلال والحرام وما كنا لنؤثر ان يقع هذا منه
او من كان مثله والله المؤيد والمسدد وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا ان نظر الجميع في هذا الحكم المزبور الى الخبرين ٣ المدنوم
المزبورين الذين يغلب الظن بارادة ما ذكرناه منهما ويتجه الظن بضعف المتن بخلاف المعلوم كون
منشأ الفهم من الدلالة المذكورة في الخبر بيان الفرق بالتقدم والتأخر والاختلاف في الخبر المروي في ب ومن ذلك
يضعف الظن بصواب الاجماع المحكي المحتمل لارادة اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الاصحاب الذين يجوز الوهم عليهم
في الخبرين المزبورين فصار منشأ الحكم المزبور المستبعد بنا به على التعبد المحض فلاحظ وتأمل هذا وفي لف بعد
ان حكي عن الشيخ والجماعة ما سمعت قال ـــــ وعندي في هذه المسئلة نظر ثم حكي عن ابن الجنيد انه قال الكفيل
لطالب الحق ماله على فلان فهو على وعنه الى يوم كذا وانا كفيل لك بنفسه صح الضمان على الكفيل بالنفس والمال
ان لم يؤده المطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل وسلم قاله له عند الضمان انه لم يات به او لم يقل له ذلك فان
قدم الكفالة بالنفس وقال انا كفيل لك بنفس فلان الى يوم كذا فان جائك بالذي لك عليه وهو الف درهم والا فانا ضامن
للالف صحت الكفالة بالنفس وبطل ضمان المال لان ذلك كالقمار والمخاطرة وهو كقول القائل ان طلعت الشمس فما
لك على فلان فهو علي وهو الف درهم على الذي قد اجمع على ان الضمان لذلك باطل ثم قال ـــــ وقال ابن
الجنيد انسب لكن لا يخفى عليك انه قريب ايضا من قول الجماعة عند التامل وانه العالم ومن اطلق غريما من يد صاحب الحق
او وكيله قهرا ضمن احضاره او اداء ما عليه كما صرح به غير واحد بل في الرياض نفي الخلاف فيه على الظاهر بل عن الصيمري الاجماع
عليه لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ونحوه ما سمعته في القاتل وما في ك ومحكي كره وغيرهما من انه غصب اليد المستولية المستحقة
من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وان كان هو كما ترى انه لم يرجع الى ما ذكرناه اولى
وجهه او الى دعوى شمول على اليد ما اخذت حتى تؤدي لمثل ذلك ولكن لا يخفى عليك ان مدرك الحكم ان كان ذلك ونحوه

ونحوه ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما لعل ذلك هو مقتضى ما في المتن وغيره من التعبير بالاطلاق الشامل
لذلك ونحوه من خطاب الاسباب الا ان الانصاف عدم تنقيح في مثل كلامهم لمثل ذلك كعدمه بالنسبة الى غير ذلك
من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه وينبغي الاقتصار على محل اليقين او ما كان في حكمه ولو بظاهر الدليل المعتبر
فيما خالف اصل البراءة وغيرها ثم لا يخفى عليك ان الحكم المزبور لما كان ذلك لازم في الكفالة اطلق عليه اسمها والا فهو ليس
من الكفالة المصطلحة قطعا ضرورة عدم العقد فيه والظاهر كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته في الكفالة بمعنى ان
له التبرع بالاداء فداء عن الالزام بالاحضار ويلزم المستحق بالقبول وليس له اقتراح الاحضار فان الغرض يحصل
بذلك او مع التراضي لكن في لك ينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول مطالب بالتسليم
مع الامكان لا ان يلوح التخيير اليه وفيه انه لا دليل على اصل البراءة يقتضي خلافه وخبر القاتل انما هو في العمد الذي كان
الحق فيه القصاص وقاعدة الضرر لا تقتضي ازيد من التخيير المزبور ومن هنا لم اجد غيره ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا
حتى ممن عين الاحضار في الكفالة نعم ليس له الرجوع عليه بما ادى اذا لم يكن الاداء باذنه كما صرح به غير واحد للاصل وغيره
لكن قد يقوى بالرجوع اذا كان الاطلاق بالاذن لقاعدة لا ضرر واحترام مال المسلم والاحسان وكون الاذن في الملزوم
اذنا في اللازم ونحو ذلك بل في محكي كره ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص او مال واخذنا المال من الكفيل كان
للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا وعكن ارادته ما ذكرناه لانه الغالم ولو اطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع
عليه بادائه عنه ضمن ايضا احضاره او اداء ما عليه على الوجه المزبور بل لو اطلقه منه قبل ادائه عنه فكذلك ايضا ولو
كان المطلق قهرا قاتلا عمدا لزمه احضاره او دفع الدية مع التعذر ولو مات بلا خلاف اجده فيه ايضا بل عن الصيمري
الاجماع عليه للصحيح او الحسن عن ابي عبد الله ع سئلته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى الوالي فدفعه الوالي الى اولياء
المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء فقال ارى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من ايدي
الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قيل فان مات وهو في السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى اولياء
المقتول ومنه يعلم ارادة ذلك من التخيير المزبور في المتن وغيره نعم لو كان القتل موجبا للدية على المطلق اتجه التخيير
المزبور على الوجه الذي تقدم ولو هرب القاتل عمدا واستمر فاخذت الدية من المطلق ثم تمكن الولي من ردها الى صاحبها
وان لم يقبض منه لان وجوبها قدما كان للحيلولة المفروض زوالها وعدم القتل مستندا الى اختيار المستحق لكن
في محكي التحرير اذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء فيه اشكال وهل له الزامه بما ادى على تقدير
انتفاء جواز قتله فيه نظر وفيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الاول للحيلولة لا لاسقاط الحق والا لم يكن لهم
قتله بل ولا رجوع عليه بما ادى الا مع الاذن في الاطلاق فان فيه ح ما عرفت والى ذلك يرجع ما في القواعد ولو كان
قاتلا لزمه الاحضار او الدية فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما اخذه وجوبا وان لم يقتل
ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص حاشه العالم ولا بد من كون المكفول معينا
كما صرح به الفاضل وغيره فلو قال ـــــ كفلت احد هذين لم يصح وكذا لو قال ـــــ بزيد او عمرو لم يصح ايضا وكذا لو قال
كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحة الكفالة لما عرفته غير مرة من منافاته للتسبيب
الظاهر من الادلة فاشكال الفاضل فيه في عد في غير محله وفيها ايضا اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض فلا اشكال
في بطلانه كما لا اشكال في البطلان في السابقين مع ارادة الابهام المانع من تعقل العقد لعدم المورد له اما الابهام
التخييري فظاهر المصنف وغيره منعه ايضا لكن قد يناقش بان مقتضى الاطلاقات جوازه لعدم ما يقتضي عدم قابلية

حق الكفالة لذلك فيقوى ح ويبرا بتسليم احدهما ويجبر الى ان يحضر احدهما او يؤدى عنه ولعله فى هذا القسم توقف
الاردبيلى فى المحكى عنه وهو فى محله الا ان يثبت ما يقتضى عدم قابلية حق الكفالة لذلك وانه كالملك الذى لا يقبل
مثل هذا والله العالم ويلحق بهذا الباب مسائل الاولى قال فى محكى ط اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب على المكفول
له تسلمه اذا كان لا ضرر عليه وكذا غير المكان المشترط ونحو عن القاضى ولكن لو قيل لا يجب كان اشبه باصول المذهب و
قواعده المقتضية عدم وجوب قبول غير الحق بل لعل مصلحة الاجل والمكان مشتركة بينهما واختاره الفاضل وغيره وهو جيد
حيث يكون اشتراط الاجل والمكان حقا لهما اما اذا كان حقا للكفيل واراد اسقاطه كان الاجود الاول كما تقدم نظيره
فى الدين المؤجل ولعله الى ذلك نظر الشيخ ره ولو سلمه وكان ممنوعا من تسلمه بيد قاهرة مثلا لم يبرا الكفيل لعدم تمامية
التسليم الواجب عليه بانصراف اطلاق الادلة ولو كان المكفول محبوسا فى حبس الحاكم العادل وجب تسلمه لانه متمكن من
استيفاء حقه ضرورة انه يرفع امره اليه يخرجه من الحبس او يطالبه وهو كما فيه فيرفع امره معه ولو بان يحبسه على الحقين
معا وليس كذلك فى حبس ظالم لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه ولو فرض امكانه وجب تسلمه كما انه لو فرض عدم امكانه
فى الاول لم يجب تسلمه وان كان فى حبس عادل كما هو واضح والله العالم المسئلة الثانية اذا كان المكفول غائبا فى مكان
معلوم بحاوز مسافة القصر وكانت الكفالة حالة وطلبه من المكفول له انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب والعود به وكذا لو
كانت مؤجلة انظر بعد حلولها وطلبه منه بمقداره ذلك بلا خلاف اجده فى شئ من ذلك بل عن كره عليه عامة اهل العلم
ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذى هو مقتضى الكفالة ذلك والا كان تكليفا بغير المقدور نعم فى ذلك ومحكى كره و
جمع البرهان انما يجب عليه الاحضار عند امكانه اما اذا لم يكن كما اذا كان غائبا غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر
لم يكلف احضاره لعدم الامكان ولا شئ عليه لانه لم يكفل المال بل قيل انه ظاهر الباقين ايضا لكن فى عد لو هرب المكفول
او غاب غيبة منقطعة فالاقرب التزام الكفيل بالمال او احضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر وعن جامع مقاصد ان
الاقرب احق لان مقتضى الكفالة احضار الغريم او اداء ما عليه من المال والاصل بقاء ذلك الى ان يحصل المبرى وهو
المسقط للحق او موت المكفول وان الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهته ما عليه استوفى
من الوثيقة وهذا وان كان مبتنيا على اقتضائها التخيير مطلقا الذى قد عرفت البحث فيه اما اداء المال عند تعذر الاحضار
الذى قد ذكروه فى رجوع الكفيل على المكفول لانا انما نتمكن من ترتيبه على القول باختصاص مقتضاها فى الاحضار بعدم اعتبار
امكانه له لعدا اذا كان فى مقدوره من الممكنات لانه هو الذى اوقع نفسه فى ذلك فيكلف به ويجبس عليه ولو لان
يفدى نفسه باداء ما عليه ليتخلص من ذلك كما هو مقتضى النصوص فى حبسه ومن ذلك يظهر لك الحال فيما لو فرط
الكفيل فى احضاره بعد مطالبة المكفول له وكان متمكنا منه فهرب او غاب غيبة منقطعة على وجه تعذر احضاره
او هرب هو ضرورة او لويته لزومه بالمال واذ حكى عن كره وجوب المال ان اوجبناه فيها والا فاشكال ونحوه فى
جامع صد ولو كان غائبا حين كفل فالحكم فى احضاره كما لو غاب بعد الكفالة وعن جامع صد لو دفع فى بلاد الكفر
بحيث لا يقدر عليه او فى حبس ظالم لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان احضاره ولو رجى تخليصه بوجه وجب 2 امكانه م
عليه السعى فيه ولو احتاج الى بذل مال فاشكال وكان منافيا لما سمعته منه سابقا والتحقيق فى ذلك كله ما
عرفت والله العالم المسئلة الثالثة ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا اجد فيه خلافا انه اذا تكفل بتسليمه
مطلقا انصرف الى بلد العقد وهو لا ينافى ما سمعته فيما اذا كان العقد فى بلد المكفول له او بلد قراره اما اذا كان فى برية او بلد
غربة قصدهما مفارقته سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته ففى ذلك اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام

الكلام على نظيره فى المسلم الا انهم لم يذكروا هنا خلافا وفيه ان ذلك ليس محل شك ولا يحتمل ارادتهم اذا فرض حصول
القرائن الدالة على عدم ارادته نعم قد يشكل فيما اذا لم تكن قرينة حتى اذا كان بلد العاقد وقد تقدم الكلام سابقا على نحو
ذلك فى كتاب السلم وغيره نعم لا اشكال ولا خلاف فى انه ان عين موضعا لزمه لقاعدة المؤمنون عند شروطهم وح فلو دفعه
فى غيره لم يبرا اذا تسلمه المكفول له برضى منه لعدم كونه تسليما تاما وقيل والقائل الشيخ والقاضى كما عرفت اذا لم
يكن فى نقله كلفة ولا فى تسلمه ضرر وجب تسلمه وفيه تردد بل منع الا على ما سمعته فى الاجل فيما اذا فرض كونه مصلحة
الشرط للكفيل وقد اسقطها والله العالم المسئلة الرابعة لو اتفقا اى الكفيل والمكفول له على وقوع الكفالة ولكن
قال الكفيل للحق لك الان عليه لاداء او ابراء او غيرهما كان القول قول المكفول له بيمينه لاصالة بقاء الحق وكذا لو
قال لم لا حق لك حال الكفالة ولو دعوى كان القول ايضا قول المكفول له بلا خلاف اجده فيه لان الاعتراف
من الكفيل بوقوع الكفالة يستدعى ثبوت حق فيكون هو مدعيا الفساد والمكفول له مدعى الصحة ولا ريب فى ان القول قوله 2 الوكيل م
مدعى الصحة لا من التهاتر بل عن مجمع البرهان ان القول قوله بلا يمين وان كان هو خلاف ما صرح به غير واحد وخلاف بل خلاف
قاعدة البينة على المدعى واليمين على من انكر وعلى هذا فاذا حلف المكفول له وتعذر على الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه
اداء المال من غير بينة احتمله فى لك ومحكى كره ولكنه واضح الفساد ضرورة اعمية ثبوت صحة الكفالة من ثبوت الحق على
المكفول لاعترافه بعدم كونه كفيلا شرعا عنه وانه مظلوم ولكن اذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له امكن الرجوع بما اغرمه على ما فى 2 نعم لو اقام المدعى البينة بالحق كان له الزام الكفيل على الوجه الذي تقدم سابقا الكن لا يرجع به هنا على المكفول م
ذمة المكفول مقاصة لانه قد صار عوضا عما اداه اما لو علم فساده فلا رجوع له عليه قطعا كما هو واضح المسئلة الخامسة
اذا تكفل رجلان برجل مثلا دفعة او مرتبا برجل فسلمه احدهما لم يبرا الاخر عند الشيخ وابن حمزة والقاضى فيما حكى عنهم كما ذهب
منه ح كان له الرجوع على الثانى ولكن لو قيل بالبراءة للاصل وكون الكفيلين كالرهنين الذين اذا فك احدهما لم يفك
الاخر لكان حسنا بل فى عد وغيرها من كتب الجماعة انه الاقرب لان المقصود تسلمه وقد حصل حتى لو سلم نفسه او سلمه
اجنبى برئ لحصول الغرض والظاهر انحلال البحث فى التسليم عن نفسه اما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا اشكال فى براءة صاحبه
وان بقى هو عند الشيخ وعلى كل حال فما ذكره المصنف والجماعة جيد ان كان المراد من كفالتهما الاحضار الواحد ولو على وجه
يكونان معا كفيلين فانه لا اشكال فى براءة كل منهما باداء احدهما معا دفعة وباداء كل واحد منهما اما اذا كان المراد فى كفالة كل
واحد منهما الاستقلال على وجه لو اسقط المكفول له حق الكفالة من احدهما باقالة ونحوها لم يسقط عن الاخر فلا يتجه
كلام الشيخ من توقف ح الا اذا قصد التسليم عن صاحبه فانه يبرا الصاحب ولكن هو لا يبرا كما عرفته سابقا والظاهر تعدد
الحق بتعدد الكفيل اذا لم تكن قرينة على ارادة الاول ودعوى اتحاد حق الاحضار لا يقتضى عدم تعدد استحقاقه من وجوه
عديدة والله العالم ولو تكفل لرجلين برجل ثم سلمه الى احدهما لم يبرا من الاخر بلا خلاف ولا اشكال بل قيل انه كذلك عند
العامة فضلا عن الخاصة المسئلة السادسة اذا مات المكفول برئ الكفيل على المشهور كما عن التنقيح بل فى الرياض
نفى الخلاف فيه بل فى محكى كره بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شئ عند علمائنا بل عن الغنية الاجماع عليه قيل لانه تكفل ببدنه
على ان يحضره وقد فات بالموت لانه قد سقط الحضور عن المكفول فيبرا الكفيل ومنها ما لا يخفى نعم قد يقال ان المتبادر
انما هو الاحضار فى حال الحياة او ان ذلك هو المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق عليه او لمعلومية كون المراد من الكفالة
الاحضار مقدمة لتحصيل الحق المعلوم انتفاؤه بالموت بل قد يدعى بناء شرعيتها فى مثل ذلك على ذلك ويجب لو صرح
بخلافه لم يقع ومن ذلك يحتمل الحاق غير الموت به اذا كان بحيث يخرج عن قابلية تحصيل الحق منه بجنون ونحوه هذا
ولكن فى لك يمكن الفرق بين ان يكون قد قال فى عقد الكفالة كفلت لك حضوره بدنا او حضور نفسه او حضوره ح

ينجب في الاول احضاره ميتا ان طلبه منه والا فلا وبيقى الثاني على ان الانسان ما هو فان كان الهيكل المحسوس
فكذلك والا فلا وفيه ما لا يخفى لعدم ما عرفت من بناء شرعية الكفالة في تحصيل الحق على ذلك فلا مدخلية للعبادة
ح نعم لو كان المراد منها الشهادة على عينه وصورته اتجه ح صحتها والالزام باحضاره ميتا بناء على صحة الكفالة
في ذلك لما عرفته سابقا من الفاضل في عد ولعله لذا قيدا الحكم المزبور هنا في عد بعلم الشهادة على عينه بل في لك تبعا له
للمحقق الثاني عدم الفرق في ذلك بين كونه قد دفن اولا لان ذلك مستثنى من حرمة نبشه سواء قلنا بجوازه
لها العدم ولو فرض تغيره على وجه لا يمكن الشهادة على عينه لم يجب احضاره لانتفاء الغرض ح ومنه يظهر لك النظر
فيما في عد من خروج الكفيل على احضاره للشهادة على عينه عن العهدة بالدفن ان حرمنا النبش لاخذ المال ضرورة عدم تفريع
ذلك عليه فان الشهادة على عينه من مستثنيات النبش سواء قلنا بجوازه لاخذ المال وعدمه وقد تقدم في كتاب الجنائز
البحث عن هذه المسائل ولو انه بناه على جواز نبشه للشهادة على عينه كان اولى كما لا يخفى عليك النظر في اصل صحة الكفالة
في ذلك للشك فيها ولا دليلها لمثله ولو كان موته بعد مطالبة الكفيل باحضاره فقد يظهر من اطلاقهم اتحاده
في الحكم لكن لا يخلو من نظر بل لولا الاجماع المزبور لم يخل اصل الحكم من نظر بناء على اقتضاء الكفالة التخيير بين الاحضار
والمال وانه اذا تعذر الاول بقي الاخر فتم جيدا هذا كله في موت المكفول اما لو مات الكفيل فلا اشكال
في بطلان الكفالة ح بخلاف موت المكفول له فان الحق ينتقل الى وارثه لعموم ادلة الارث بعد اصالة بقاء الحق
بل قد ذكرنا سابقا في الحوالة احتمال انتقال حق الكفالة بانتقال الدين ببيع او حوالة ونحوهما وان صرح الفاضل
في عد وبعض شراح كلامه بعدم انتقاله كما ذكرنا سابقا والله العالم وكذا يبرأ الكفيل لو جاء المكفول وسلم نفسه
للمكفول له عن الكفيل تسليما تاما او سلمه اجنبي عنه كذلك وقبل المكفول له بذلك لحصول الغرض وعدم الدليل على اعتبار
كون ذلك من الكفيل اذ ليس هذا اصل الحق اعظم من الدين بل لا يبعد وجوب القبول عليه لنحو ما سمعته منا في دفع
الدين من المتبرع كما عن الاردبيلي التصريح به هنا بل لعله ظاهر المتن وغيره وعن الفاضل في محكي كره وبعض من تبعه فانه صرح
بعدم وجوب القبول عليه الا ان يكون عن اذن الكفيل لعدم وجوب قبض الحق الا ممن عليه وفيه نظر ولو سلم نفسه
او الاجنبي لا عن الوكيل ففي موضع من محكي كره عدم البراءة وعن موضع آخر منها اطلاق البراءة واستجوده في لك ولكن
لا يخلو من اشكال كما عرفته سابقا في كفالة الاثنين والله العالم فرع لو قال الكفيل ابرأت المكفول فانكر المكفول
له كان القول قوله مع يمينه لاصالة بقاء الحق لعدم اعترافه بثبوته سابقا كما هو مقتضى دعوى الابراء فلو رد اليمين
على الكفيل نحلف برئ من حق الكفالة ولكن لم يبرأ المكفول من المال بيمين غيره فان الدعوى بينه وبين المكفول مستقلة
فله اليمين على المكفول له لو ادعى عليه الابراء ولا يكتفي باليمين التي حلفها للكفيل كما انه لو رد اليمين على المكفول فحلف
برأ ح نعم لو فرض سبق دعوى الابراء من المكفول فحلف اليمين المردودة هو وكفيله وان كان نحو حلف المستحق اولا للكفيل
على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة كما لو ادعى الحق وعدم بناء احدهم الحكم في شيء من ذلك
هنا على كون اليمين المردودة كالبينة او الاقرار يقتضي كونها اصلا بل اسه والله العالم المسئلة السابعة لو كفل
الكفيل آخر وترامت الكفالات صح بلا خلاف ولا اشكال لوجود مقتضى الكفالة ولو قال المستحق الكفيل الاول
برئ اجمع وكذا الوحضر الاول فسلم المكفول الاثم فرعه ولو قال لاحدهم برئ هو ومن بعده دون من قبله كما انه لو مات
برئ منه ان فرع على الاول لو مات الاول برئ اجمع ولكن للمكفول له مطالبة ورثة الكفيل الاول وان احتمل كثيره في غير محله ولو مات
المكفول برئ اجمع ايضا ولا يتوهم من صحة ترامها صحة دورها كما في الضمان والحوالة لان حضور المكفول الاول يوجب

يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله كما هو واضح المسئلة الثامنة لا تصح كفالة
المكاتب عند الشيخ بناء على اصله المتكرر منه من عدم لزوم مال الكتابة عليه لجواز تعجيزه نفسه وفيه ما عرفت من منع ذلك
اولا ومن عدم اقتضائه الفساد ثانيا وللثاني لو المقر على تردد بل في لك ونزيد هنا انه اما عبد او مديون
وكلاهما تجوز الكفالة وموجب للاحضار وهو مبني على ما سمعته سابقا من الفاضل من جواز كفالة العبد الا
انك قد عرفت تقييده له بالابق بل ظاهر المحكي عنه من غير اعتبار اعتياد الاباق وقد عرفت النظر في اصل صحة الكفالة
في ذلك وان كان لا يخلو من وجه باعتبار كونه مكلفا مستحقا عليه الحضور بخلاف الدابة ونحوها من الاموال والله العالم
المسئلة التاسعة لو تكفل برأسه او بدنه او بوجهه او نحو ذلك صح لانه قد يعبر بذلك عن الجملة بلا خلاف
اجده الا من ثاني الشهيدين تبعا لمحتمل المحقق الثاني قال لان العرضين المذكورين وان كانا قد يطلقان
على الجملة الا ان اطلاقهما خاصة شايع متعارف ان لم يكن اشهر وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك
في حصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كما انه لو
قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا بل كالجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة
تدل على احدهما فعند ذلك لا يصح التعليل بانه قد يعبر بذلك عن الجملة وفيه ان المراد من التعليل المزبور بيان صحة الاطلاق
المزبور منه ذلك قطعا في عقد الكفالة ونحو الوكالة ولو باعتبار تعارفها التعبير به مريدا به الجملة فيها او بيان صحة الاكتفاء
في الحمل على الوجه الصحيح لاصالة الصحة وغيرها بما يلتئم اللفظ لذلك بخلاف ما اذا لم يكن قابلا وعلى هذا فالاولى حمل كلام الاصحاب
ثم الحق بهما الفاضل في محكي التحرير وكره الكبد والقلب ونحوهما من الاعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها من الجزء المشاع كالثلث
والربع وغيرهما ونظر فيه في عد من عدم السريان كالبيع ومن عدم امكان احضار الجزء الا بالجملة بل يرب وفي جامع المقاصد
لقائل ان يقول ان احضاره وان كان غير ممكن بدون احضار الجميع لا يقتضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب
انما هو صحة الكفالة واحضار ذلك العضو وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع لم تصح هنا اذ المتكفل به ليس
هو المجموع ولا ما يستلزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار المجموع والعقود
اسباب متلقاة من الشارع فلا تثبت صحتها من النص مع ان التعبير بذلك متعارف ويتجه على ذلك ما في المسالك بل ما في
وح فعدم الصحة اوضح وفيه ان المراد الاكتفاء في موضع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدمة لما
هو المذكور في صحتها عقدها ولا يبعد الاكتفاء به لاطلاق الادلة بل لو كان المقصود من ذلك ارادة الجملة صح وان
لم يتعارف التعبير به عنها لعدم اشتراط نحو ذلك في متعلق العقد بل يكفي فيه ارادته من اللفظ بالقرينة وان لم يجر على قانون
اللغة ولكن مقتضى ذلك انه لا يتم قول المصنف ولو تكفل بيده او رجله واقتصر لم يصح اذ لا يمكن احضارها بشرط تجردها
ولا ليسري الى الجملة بل هو المحكي عن ط ومن تاخر عن المصنف نعم في عد وجهان وفي لك لا يبعد القول بالصحة حتى يقول بها
فيما سبق اللهم الا ان يقال ان الوجه في ذلك عدم معلومية ملاحظة الجملة ولو بعنوان المقدمة ضرورة امكان
انفصالها مع بقاء الحيوة فلم يتيقن ارادة موضوع الكفالة لعدم القرينة بخلاف الاول الذي لا يمكن التعيش بدونه
اذا احتمال الاتيان بها بعد موته مناف لاصل موضوع الكفالة المفروض ملاحظتها اياه فلو فرض حصول قرينة في محل
البحث على ملاحظة الاتيان بالجملة مقدمة لذلك امكن الاكتفاء فيها بذلك لنحو ما عرفت ويمكن ان الوجه في فرق
الاصحاب بينه وبين الاول هو صحة التعبير بالاول عن الجملة فيكون اصل الصحة ح في الحكم بارادتها بخلاف هذا
فانها لا تكون في الحكم بارادتها بعد فرض عدم صحة التعبير بها عن الجملة بل لا بد من التصريح بذلك او بقرينة

اخرى منكوحة وانكان غلطاً لما عرفت والله العالم
والمؤيد والموفق والمسدد والحمد لله
رب العالمين اولاً واخراً وظاهراً
وباطناً وصلى الله على
سيدنا محمد واله
الطاهرين
امين

بسم الله الرحمن الرحيم يا معين

كتاب الصلح الذي قد دل على شرعيته بالخصوص الكتاب والسنة والاجماع من المسلمين قال الله تعم وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير وقوله تعم فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم وقوله تعم ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما بالعدل وقوله تعم او اصلاح بين الناس وان كان قد يناقش في ما عدا الاول على الصلح العقدي الذي عند الاصحاب تامل بل قيل والاول وفي النبوي المروي من طرق العامة ومرسل الفقيه الصلح جائز بين المسلمين وفي اخر عنه ايضاً في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا باس وعنه ايضاً سئلناه عن الرجل يكون عنده مال للايتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على ان ياخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبريه مما كان عليه ابراه منه قال نعم الى غير ذلك من النصوص الدالة على كونه عقداً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة مثل البيع وغيره من العقود وان كان هو في الاصل عقد شرع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين الا ان ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطرادها مثل المشقة في حكم القصر ونقصان القيمة في الرد بالعيب واستبراء الرحم للعدة وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصاً او تقييداً لعموم الدليل او اطلاقه المقتضي ثبوت الحكم لغير محالها فضلاً عن خصوص الادلة من السنة المستفيضة او المتواترة والاجماع بقسميه كما هو واضح وانا لم نطنب فيه في ذلك وغيرها حتى ان بعضهم التجأ الى دعوى انه وان كان شرع في قطع الخصومة الا انه لا دليل على اشتراطها فيه بل الاصل عدم ذلك واحتج الى غير ذلك مما لا حاجة اليه بعد ما عرفت ولا الى ما قيل من انه ربما يشعر لفظ الصلح بتحقق منازعة لكن لا يتعين كونها سابقة بل يكفي الملازمة بالاضافة الى دفع منازعة متوقعة محتملة وان لم تكن سابقة كما يفصح عنه النخوذ فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة نعم لا نسلم الدلالة ٢ انيرم
المتقدمة على الدلالة على المشروعية حينئذ لا منازعة سابقة ولا متوقعة ولكن يمكن التتبع عنه بعدم القائل بالفرق بين الامة فكل من قال بالمشروعية لدفع منازعة وان لم تكن سابقة كما دل عليها اطلاق الاخبار المذكورة قال بها في الصورة المزبورة ايضاً لكن فيها منازعة سابقة ولا متوقعة اذ فيه ان المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء التراضي مما توافقا كالاصطلاح وتسالما عليه فيما بينهما لا ان المراد بخصوص الصلح المتعقب للخصومة كما هو واضح والله العالم وعلى كل حال فليس هو عندنا فرعاً على غيره من العقود وان افاد فائدته في كرح من التزامي والاجماع عليه وهو الحجة مضافاً الى ظهور الادلة السابقة او صريحها في عدم فرعيته بعض موارد المصرح بها في بعض النصوص للصلح لان يكون موضوعاً لغيره على ان افادة عقد مفاد اخر لا يقتضي الاتحاد معه على وجه تلحقه احكامه والا لاقتضى اتحاد

الهبة مثلاً بعوض معلوم مع البيع وهو واضح البطلان فان الاحكام الشرعية تتبع عناوينها فكل حكم ثبت لموضوع
٢ انبريع ٣ خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحيثية نعم لا باس بتبعيته لدليل اخر فما عن الشيخ تارة يتبع مطلقاً واخرى من
الشافعي انه فرع له اذا افاد نقل العين بعوض معلوم وللاجارة اذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم وللعارية اذا
تضمن منفعة بغير عوض وللهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وللابراء اذا تضمن اسقاط دين لا وجه له ضرورة فرض
عدم القصد به شيئاً منها والا كان باطلاً لعدم وقوع الهبة والبيع مثلاً بلفظ الصلح ولا دليل على ثبوت احكامها له
اذا افادها فائدتها على انه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لا يندرج في شيء من المذكورات كما لا يخفى
على من لاحظها بل الاتفاق فتوى ورواية هنا على عدم اشتراط المعلومية في المصالح عليه في الجملة بخلاف البيع وكيف كان
فلا خلاف بيننا في انه يصح مع الاقرار والانكار بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى العمومات نعم المراد من الصحة مع
الانكار الظاهرية بمعنى انه يجري عليه حكم الصحة ظاهراً لا في نفس الامر فان المدعي ديناً او عيناً او منفعة مثلاً وانكر
المدعى عليه ان كان محقاً لم يصح للمنكر ما بقوله من مال المدعي سواء كان من الجنس او لا وسواء عرف المالك قدر الحق ام لا
وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لانه دفعاً كان توصلاً الى اخذ بعض حقه بل لو فرض انه صالحه عن العين مثلاً
بمال في ذمته حرام ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع اليه من العوض لفساد المعاوضة في نفس الامر الا ان يفرض رضا المدعي
باطناً بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك وان كان مبطلاً لم يحل له ما دفعه اليه المنكر دفعاً لدعواه الكاذبة وللضرر عن
نفسه ونحو ذلك مما لا يتحقق معه التراضي المبيح لاكل مال الغير الا مع فرض الرضا المزبور وانما الحكم بالصلح بحسب
٢ اليم ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل قال علي بن ابي حمزة قلت لابي الحسن عم يهودي او نصراني كان له عندي اربعة الاف درهم
فهلك ايجوز لي ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان فقال لا يجوز حتى تخبرهم وفي صحيح عمر بن يزيد عن ابي عبد الله عم اذا كان
للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذه الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الاخرة
فان لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقبض عنه فهو كله للميت ياخذه به نعم في ذلك لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها
كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقاً على احد او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالماً بالحال وتوجهت
له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح
على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها لكن في جامع المقاصد في مفروض
المسئلة ليس ببعيد ان الصواب صحته ظاهراً واما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى وعدمها ويحتمل الصحة مطلقاً
لان اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها قلت قد ينافي قوله في الصحة ظاهراً في الاول بانها مقصورة بعد القطع بكون
احدهما مبطلاً سواء كان المدعي او المنكر والفرض كفاية ذلك في الفساد في نفس الامر فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر
الشرع اللهم الا ان يدعى ان مبنى شرعية الصلح على ذلك فيحكم ح بالصحة عليه ظاهراً ما دام الواقع مشتبهاً ولم يعلم المبطل
منهما بعينه فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض كما انه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى بما وقع الصلح
عنه وان كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الامر ولذا لو انكشف الحال لم يجد الصلح باقراره عليه وحكم
بفساد الصلح في الظاهر ايضاً وهل البينة كالاقرار فيه ذلك وجهان وكذا قد ينافي في الصحة في نفس الامر في الثاني
بان المتجه عليه حليته ذلك له حتى لو انكشف الحال بعد ذلك ولا اظن القائل يلتزمه ولعل لذا جعل الصحة في الواقع في
جامع المقاصد تابعة لصحة الدعوى في نفس الامر وعدمها وكون اليمين حقاً يقع الصلح على اسقاطها لا ينافي في اعتبار المراعاة
المراعات فيه بما اذا لم ينكشف الواقع والا جرى الحكم على ما في الواقع نعم ما دام الواقع مشتبهاً في نفسه يحكم بملكيته

العوض مثلا ويحل له التصرف فيه ونحو ذلك ويمكن تنزيل مراد القائل بالصحة في نفس الامر على ذلك لا ان المراد الصحة فيه مطلقا
حتى لو بان الامر بعد ذلك اللهم الا ان يدعى ان ظهور الامر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي تدفع على اسقاطه وهو
كاف في الصحة في نفس الامر وان انكشف الحال بعد ذلك ولكنه كما ترى على انه يتم فيما لو فرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعي فان
المال الخ لدى يد المنكر باق على ملك المدعي الذي قد صولح على اسقاط ما له من حق اليمين ولم يحصل منه ما يقتضي انتقالا للمال الى
المنكر لان الفرض عدم حصول التضامن بالمعاوضة عليه وبالجملة يمكن ان يقال ان الصلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذي
قد يدعى انه من اقسام المعاوضة شرعا ايضا وقد ذكرنا ايضا فيما انه ليس له المقاصة باطنا ما دام كان هو لا يبيح المال في الواقع
ثم لما قد يعد ذلك اخذا بالتراضي خاصة وفي البقية خلاف اصحه عدم الالتفات اليها فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع اصله
في ذلك كله ضرورة كون المنشأ في ذلك كله اسقاط الدعوى واستيفاء المدعي عوضها اليمين ونحو ذلك مما يأتي مثله في الصلح
نعم جيلا ما لله العالم وكيف كان فقد ظهر لك ان الصلح بين المسلمين جائز مع الاقرار والانكار الا ما اي صلحا احل حراما
كاسترقاق الحر واستباحة بضع المحرمات وشرب الخمر والربا او حرم حلالا بان لا يطأ حليلته او لا ينتفع بماله ونحو ذلك
مما علم عدم جواز الصلح على اجتنابه وح فالاستثناء متصل ضرورة كون الصلح على مثل ذلك باطلا ظاهرا وباطنا وربما فسر ايضا
بصلح المنكر على بعض المدعى به او منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره لكن الاستثناء ح منقطع
لما عرفت من الحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظ نعم بناء على ما سمعته
من الشافعي يكون الاستثناء متصلا وربما كان ذلك هو الدليل له فانه ح يحل الحرام بالنسبة الى الكاذب ويحرم الحلال با
لنسبة الى المحق الا ان فيه ما عرفت مضافا الى عدم ظهور الخبر المزبور فيه بل يمكن ان يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الامر
ايضا خاصة لا مطلقا وح فهو يرتفع النزاع بيننا وبينه كما انه يمكن دعوى الاتصال على ذلك ايضا بناء على ارادة البطلان
في نفس الامر من عدم الجواز في الخبر المزبور كما انه يمكن ارادة جعل الصلح شارعا من الاستثناء بمعنى ان الصلح الباطل هو الذي
يكون مضمونه تحليل ما حرم الله وبالعكس على وجه يكون به الحل والحرام الى غير ذلك من الوجوه المحتملة فيه والله العالم
وكذا يصح الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما بلا خلاف فيه في الجملة بل في ذلك وغيرها الاجماع
عليه للاطلاق والادلة وخصوص الصحيح عن الباقر والصادق انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري
كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت
به انفسهما ونحوها المؤثق والمناقشة باحتمال كون مضمونها الابراء لا الصلح يدفعها فهم الاصحاب ذلك منها وظهوره ايضا في
المعاوضة فيها ولا يكون ح الا الصلح فلا اشكال ح في الدلالة على المطلب على ان الحاجة ماسة الى تحصيل البراءة مع الجهل ولا
وجه له الا الصلح نعم لو كان احدهما عالما به دون الاخر لم يقع الصلح في نفس الامر بل لا بد من الاعلام بالقدر ان كان الجاهل المستحق
كما سمعته في خبر ابي حمزة او كان المصالح به قدر حقه مع فرض عدم تعيينه ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق نعم لو فرض الرضا الباطني
على كل حال صح كما عرفته فيما تقدم وان كان العالم المستحق لم يقع الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دون عكس الاول
الا مع فرض الرضا المزبور الذي يمكن استفادة حكمه مضافا الى عموم تسلط الناس على اموالهم من الصحيح عن الصادق في الرجل
يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس وغيره بناء على ارادة الصلح بالاعم كما هو
الغالب مع عدم اعلامه بالحال والحكم في ذلك كله واضح بل الظ عدم اعتبار المنازعة في ذلك اذ الحكم المذكور يأتي في
مطلق التصالح وان لم يكن منازعة مع علمهما وجهلهما كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال الاخر
بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك بل في لك لو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل

الى نقل الملك فالاقرب الجواز وهو جيد متى تلت بل في لك لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يقع الصلح
سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه او جهلاه دينا كان او عينا وسواء كان ارشا او غيره عند علمائنا اجمع واطلاق كلامهم في المتن
وغيره بل والنصوص كما اعترف به في الرياض يقتضي عدم الفرق في الصحة بين كون المصالح مما يتعذر معرفتهما له مطلقا او لا يمكن
معرفته في الحال ام لا لعدم مكيال او ميزان ونحوهما من اسباب المعرفة بلا خلاف في الاولى على ما قيل باتفاق الادلة نصا وفتوى
عليها مضافا الى ان ابراء الذمة امر مطلوب والحاجة اليه ماسة ولا طريق اليه الا الصلح فلا اشكال فيها وكذا في الثانية عند
جماعة كالشهيدين والفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه والضرر بتأخيره
والخطر والطريق في نقله فيه مع تناول الادلة السابقة له ومن هذا القبيل ايضا الصلح عن نصيب من ميراث او عين يتعذر
العلم بقدره في الحال مع امكان الرجوع في وقت اخر الى العالم به مع مسيس الحاجة الى نقله في الحال نعم في الرياض اشكال في الثانية
من عموم الادلة بالجواز المعتضدة باطلاقات كثيرة من عبائر الاصحاب ومن حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر
بالزيادة والنقيصة مع امكان التحرز عنهما ولذا قيد في المسالك وغيرها الصحة بما اذا تعذر تحصيل العلم بالحق والمعرفة
بالكلية ثم قال ـــــ وهو حسن اما لترجيح عموم ادلة النهي عن الغرر او لتعارضهما مع عموم جواز ادلة الصلح مع عدم
مرجح للثانية فلا بد من المصير الى حكم الاصل وهو الفساد وعدم الصحة مضافا الى امكان ترجيح ادلة النهي عن الغرر
باعتضادها بالاعتبار ورجحانها عند الاصحاب على ادلة الصحة في كثير من المعاملات المختلفة كالبيع والاجارة ونحوهما
من المعاملات المختلفة وفيه اولا منع العموم في ادلة النهي عن الغرر فضلا عن ترجيحها او تعارضه لعموم الصلح والرجوع
الى اصالة الفساد اذ لم نعثر منها الا على النهي عن الغرر في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع على ان اطلاق النصوص السابقة
ومعقد اجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب كما اعترف هو بذلك كله كاف في تخصيص
ادلة الغرر بل قوله في الصحيحة اذا تراضيا بذلك وطابت انفسهما ظاهر ان لم يكن صريحا في ان المدار في الصحة على ذلك
ولو مع الجهل الذي يمكن زواله كظهور الحكم بالصحة في الصورتين الاولتين في ذلك ايضا عند التأمل خصوصا الثانية
منهما ضرورة عدم صلاحية التعذر في الحال مع مسيس الحاجة الى النقل الممكن بالهبة المعوضة ونحوها لاندفاع حكم
الشرطية لعدم فرض عدم الدليل بالخصوص والا لاقتضى ذلك في البيع وهو واضح الفساد على ان ترجيح ادلة الغرر
بما سمعت يقتضي كون صحتها هنا نحوها في البيع والاجارة الذي لا فرق فيها بين التعذر مطلقا وفي الحال
وعدمه ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه الى نفي الحرج في الدين لا يؤثر شيئا ودعوى ارادة ذلك منه ممنوعة ولو
سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك لعدم الاغضاء عن اصل جريان نفي الحرج في المقام فالاقوى ح الصحة مطلقا الا
الجهالة التي لا تقبل الحمل للابهام بل الظ عدم الفرق في ذلك بين المصالح به والمصالح عنه كما هو مقتضى الصحيحين
السابقين وغيرهما من الادلة السابقة فما عن الشافعي من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقا بل ظاهر المؤدى غيره من اعتبار
العلم بالمصالح به ولذا احتج به على اعتباره في المصالح عنه ايضا بالقياس عليه واضح الفساد وكذا ما في س من ان الاقرب اشتراط
العلم في العوضين اذا امكن الى ان قال ـــــ ولو تعذر العلم بما صولح عليه جاز كما في وارث يتعذر علمه بحصته
وكما لو امتزج مالهما بحيث لا يتميز ولا تضر الجهالة ورواية منصور بن حازم تدل عليه ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال
والميزان في الحال ومساس الحاجة الى الانتقال فالاقرب الجواز فانه لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه كما انه لا
يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق بالصحة بين المحكم العلم في الجملة بالوصف او المشاهدة وعدمه اصلا فما عن
الاردبيلي من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة اما بالوصف او المشاهدة

محل نظر ايضا بل المنع نعم قد يتوقف بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول الى العلم لابهامه كما ستعرف انه لعدم صلاحيته للنقل والانتقال والله
العالم وكيف كان فهو اي عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه اصلاً برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا
خلاف لعموم اوفوا وغيره من ادلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجئ على قول الشيخ الجواز في بعض موارده كما اذا
كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه بناء على ان مراده لحوقه حكم ما افاده فائدتهما على المختار فليس الا على اللزوم الا
ان يتفقا على فسخه بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره كما عرفته هناك والله العالم واذا اصطلح الشريكان عند انتهاء
الشركة وارادة فسخها او مطلقاً على ما ستعرف على ان يكون الربح والخسران على احدهما وللاخر راس ماله صح بلا خلاف
في الجملة فيه للعمومات وخصوصاً المعتبرة منها الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان
من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال ولك الربح وعليك التوى فقال لا باس اذا اشترطا
فاذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل ونحوه الاخر عنه ايضا الا انه قال ـــ وكان من
المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين وكذا الثالث الا انه قال ـــ وكان المال دينا ولم يذكر العين ولا عليهما دين
والرابع الا انه قال ـــ كان من المال دينا وعينا قيل وليس في شيء منها كالعبارة وما ضاهاها من عبارات الجماعة عموم
الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة او بعده وان لم يرد القسمة لظهور سياق الرواية فيما قيدنا به العبارة
من تعقيب القول بان الربح والخسران لاحدهما وراس المال للاخر الشركة وحصولها له بعدها وبعد ارادة القسمة لقوله
فربحا فيه ربحا واعطني راس المال وليس في قوله اذا اشترطا منافات لذلك لاحتمال ان يكون المراد اذا تراضيا رضا
يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم كعقد صلح ونحوه وليس المراد اذا اشترطا في عقد الشركة كما توهم لاختصاص نفي
الباس في صورة وقوع الشرط فيه بل دلالته بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه في غير ظاهرة ولا قائل بها فتعين كون
المراد ما ذكرنا ووجه اشتراطه ثم ذلك خلو السؤال عن بيان رضا الاخر وانما غايته الدلالة على صدور القول من
احدهما ونحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة لان اشتراط ذلك فيها لا يسمى صلحا بل اشتراطا واول من تنبه
لذلك الشهيد في س فقال ولو اصطلح الشريكان عند ارادة الفسخ على ان يأخذ احدهما راس ماله والاخر الباقي ربح
او توى جاز للرواية الصحيحة ولو جعلا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه
ثم تبعه ثاني المحققين وثاني الشهيدين الا ان الاخير منهما صرح بان اطلاق العبارة يقتضي التعميم كما ان المحدث البحراني
صرح بظهور النصوص في وقوع ذلك في اثناء الشركة وان بقيت مستمرة بل جعل ذلك ظاهر اطلاق العبارات والتحقيق
في المسئلة ان يقال انه ان كان المراد مما في النص والفتوى كون هذا الصلح جاريا على مقتضى عموم ما دل على مشروعيته وغير
محتاج الى دليل بالخصوص وانما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك كما يومي اليه استدلال الفاضل في كره عليه اولا بالعموم
ضرورة صحة الصلح من احد الشريكين عما يستحقه في الاعيان المشتركة بالمقدار المساوي لراس ماله في ذمة الشريك
الاخر ويخرج المال عن الشركة ويختص بالمصالح وانما يكون العوض في ذمته فلا ريب في صحة ذلك في ابتداء الشركة
اي بعد مزج المالين قبل العمل بهما وفي الاثناء وعند ارادة الفسخ بلا فرق في صحته لهذا المعنى بين الشركة والمضاربة
وان كان المراد منهما صحة الصلح على ان يكون ما استحقاه احدهما في المال راس ماله تاما وللاخر الباقي ربحا وخسرا والمال
باق على الشركة من غير ان يكون ذلك في ذمة المصالح بالفسخ لم يحصل من المال الا دون راس ماله لم يكن له رجوع
عليه فان قلنا ان ذلك ايضا مقتضى العمومات كان المتجه ايضا الصحة في الصور الثلثة وان قلنا ان جواز مثل هذا
الصلح الى الدليل الخاص ولا تكفي فيه العمومات بل العلاء لكان هذا الصلح المحلل للحرام وبالعكس منع النصوص المذكورة محتاج م

المذكورة الا انه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة وارادة الفسخ بل لا باس بايقاع الصلح المذكور المفروض
افادته الاستحقاق المذكور مع بقاء المال على الشركة يعمل به بل لعل عموم تسلط الناس على اموالهم يقتضيه ومنه يتجه
الجواز في ابتداء الشركة اي بعد مزج المالين ثم ايقاع صيغة الصلح على النحو المذكور فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي رجع
الى اهل المضمون في المال وانه لا يستحق سواه سواء بقي المال وزادت قيم اعيانه او لا وسواء عمل به باذن الاخر او لا
ودعوى ان الثابت صحته من النصوص الصلح عما سبق من الربح والخسران لا ما يتجدد بينهما منع ذلك اولا ووضوح عدم
الفرق ثانيا ضرورة انه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه سواء بقي المال على هذا الحال او لا ضرورة انه لو اراد دفع راس
المال له منقدا عيانه مال الشركة واتفق حصول الربح بذلك لم يكن له الا راس المال الذي وقع عليه الصلح قطعا وليس ذلك
تعديا عن محل النص الذي هو عندنا انه مطلق فان المراد من قوله اعطني الكناية عن استحقاق راس المال نعم لا يجوز التعدي
الى غير الشركة كالمضاربة ولا الى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح على اختصاص الربح باحدهما دون الخسران ونحو ذلك ومن
ذلك كله ظهر لك ان المتجه على كل حال الجواز مطلقا كما هو مقتضى اطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب بل والنص نعم
الاقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية لا في الابتداء ولا في الاثناء ولا عند الانتهاء ضرورة عدم المقتضي للزوم وانما
هو وعد بل قيل انه مناف لمقتضى العقد الذي هو تبعية الربح والخسارة للمال فهو مناف للكتاب والسنة بل عائد عليه
بالنقض وليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحو المنافي للزوم الذي هو مقتضى الاطلاق لا العقد بنفسه الذي لا يقتضي
الا الانتقال خاصة واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجة بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه الا ما عرفت فمع
اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية ويكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه والبيع المشترط فيه عدم الانتقال وان
كان قد يناقش فيه بان ذلك لو كان منافيا لمقتضاها لم يجر حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للادلة المذكورة المراد
من الشرط فيها ما فهمه الاصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح فانه ربما يطلق اسم الشروط على العقود ومن الغريب جعل بعضهم
محل النزاع هنا الاشتراط حتى قال ـــ انه ليس في عبارة الجماعة اطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي
لا يسمى اشتراطا ولا يسمى صلحا الذي قد عبر به اذ قد عرفت ان محل البحث الصلح لا الشرطية ولكن هل صحته مختصة في
صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة او عامة له ولوقوعه في اثنائها او عند ابتدائها اي بعد مزج المالين المشروعية
الاشتراك على هذا الوجه بالصلح ما يحضرونه بين الجميع ولا ريب في اقتضاء اطلاق المتن وغيره بل لعل مقتضى النص الصادق
في النصوص ايضا واما مسئلة الشرطية في عقد الشركة فهي مسئلة اخرى مذكورة في باب الشركة لا مدخلية لها فيما نحن فيه
لكن الخبط جعل كلامهم هنا ان مقيدا لا طلاقه ثم هنا كما هو واضح وبه يظهر لك ما في جملة من كتب المصنفين خصوصا
الرياض فلاحظ وتامل والله العالم ولو كان معهما درهمان وادعاهما احدهما وادعى الاخر احدهما كان لمدعيهما درهم
ونصف وللاخر ما بقي لصحيح عبد الله ابن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان
فقال احدهما الدرهمان لي وقال ـــ الاخر هما بيني وبينك قال فقال ابو عبد الله عليه السلام اما الذي قال هما بيني وبينك فقد
مبان م اقر ان احد الدرهمين ليس فيه شيء وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ومثله مرسل محمد بن ابي حمزة المنجبر ارسالها
بالشهرة مع ان في سنديهما ابني ابي عمير والمغيرة من اصحاب الاجماع وارسال احدهما عن غير واحد الملحق بالصحاح عند بعض
والمراد بكون الدرهمين معهما كما في الجزئين والمتن انهما في ايديهما ليتساويا في الدعوى اذ لو كانا في يد احدهما قدم قوله
بيمينه نعم ظاهر الجزئين والمتن وغيرهما ان الحكم كذلك من غير يمين وانه لا فرق بين كون الدعوى منهما بالنصف او كل منهما على الاشاعة
او بواحد منهما على التعيين بل لعلهما اما لا قل ـــ اظهر منها في غيره لكن في كره بعد ان فرض موضوع المسئلة دعوى احدهما

الدرهمين والآخر اشتراكهما فيه قال الاقرب انه من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت
دعواهما فيه فمن نكل منهما قضى به للآخر ولو نكلا معاً او حلفا معاً قسم بينهما نصفان واستحسن ذلك لعموم واليمين
على من انكر وفي س لو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الآخر اشتراكهما فعلى الرواية المشهورة للثاني نصف
درهم وللاول الباقي فيشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقتضي القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول
وكذا اذا ادعى مشاعاً وربما اشكل ما في كره لبعد تماميّة احلاف كل منهما في صورة الدعوى على الاشاعة لاختصاص الحلف ح بالثاني
والثانية بالاول ومع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف وما فيها وفي س ايضا بوجوب الخروج عن
مقتضى القاعدة وتخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى بل ذلك كله كالاجتهاد في مقابلة النص والفتوى الظاهرين
في عدم اليمين اصلاً والترجيح او كالترجيح خصوصاً الخبرين فيهما في فرض موضوع المسئلة في الاشاعة بل ظاهرهما
ان ذلك على وفق الضوابط العامة لانه تعبد صرف ومن هنا امكن ان يقال بان الوجه في عدم اليمين من احدهما بعد تساويهما
في اليد المقتضية لملك كل منهما الكل التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين
بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها لا امكان الحكم بكونه لواحد منهما ويستخرج بالقرعة او بغير ذلك فانه يرجح لعدوان كانت
ملك لا تقتضي احدهما منكراً عليه اليمين بل هما يعدان متساويين من هذه الجهة صار الحكم من لا يد لاحدهما والحجة فيه قسمة المال بينهما
نصفين قطعاً للدعوى فهو كالصلح القهري بينهما بذلك لان النصف مقتضى يد احدهما حتى يكون منكراً بالنسبة الى دعوى الآخر
عليه وكذا العكس فيكون كل المدعى من وجه والمنكر من آخر فيتجه الاعاضرة بثبت الحكم المزبور في غير ذي الايدي كما في تسعة
الوديعة وفي التداعي في المال المطروح ونحوهما واليد انما اقتضت بالجميع ومعارضتها بالاخرى لا تقتضي تنزيلها على النصف
الذي هو خلاف مقتضاها وح فليس النصف المحكوم به في النص والفتوى الا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والانصاف
لعدم تحقق الدعوى من احدهما والانكار من آخر لكون المفروض تساويهما من كل وجه ففي الحقيقة ليس الا دعوى واحدة
وهي ملكية الدرهم الذي انما احدهما يدعيها لنفسه والآخر كذلك ولا ترجيح لاحدهما بعد معارضة يد كل منهما للاخرى الموجب
للتساقط نحو البينتين المتعارضتين من كل وجه فيقسم المال بينهما على احتماله فيهما بحسب دعواهما فان كانا اثنين
فالنصف وان كانوا ثلثة فالثلث وهكذا قطعاً للخصومة بينهما بالعدل والانصاف فهو كالصلح القهري ولعله لذا
ذكر الاصحاب هذه المسئلة وما شابهها في هذا الكتاب ومنه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالاشاعة ضرورة انها
لا تنافي الاقرار بالدرهم الكلي المشاع المنطبق على نصفي الدرهم والثلثين من درهم والثلث من آخر وهكذا فيبقى النزاع
بينهما في الدرهم الآخر على اشاعة فيدعيه المقر بالدرهم الاول مضافاً الى ذلك الدرهم والآخر يدعيه لنفسه
فيقسم بينهما نصفين على الاشاعة للقاعدة التي ذكرناها التي تداوما اليها في الخبرين السابقين المعتضدين
بالفتوى المحققة عن ملاحظة اقتضاء اليد الموجبة للتوهم ان يدعي الدرهم الآخر المنضم الى ما اقتضته يده من
النصف الذي هو درهم ايضاً مشاع ملفق مدعي صرف والآخر منكر باعتبار انه تداعى عليه ما اقتضته يده فيحلف
ويستحق النصف المشاع وهو الدرهم الملفق اذ قد عرفت الغاء اليد في المقام وان الحكم بالنصف بالتنصيف تعبداً
محضاً وهو لقطع الخصومة بينهما لعدم تساويهما من كل وجه فتأمل جيداً فانه دقيق جداً وبه يظهر الوجه في النص والفتوى
الترجيحين في الاشاعة وانه ليس ذلك من باب التعبد كما لا يخفى على من تأمل الخبرين والفتاوى والله العالم ومنه يعلم
الوجه فيما ذكره وغيره بل المتن من قوله وكذا وكذا الحكم فيما لو اودعه انسان درهمين وآخر درهم وامتزج الجميع ثم تلف
درهم فان لذي الدرهمين درهماً منهما لا احتمال فيه واما الآخر فهو محتمل لكل منهما ولا مرجح فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما

بينهما للقاعدة التي عرفتها واكدها هنا خبر السكوني عن الصادق (ع) في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما
فقال يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج فهذا الحكم بل يكفي
الاشتباه كما ان ظاهره ذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدينار وانه لا يمين على احدهما خصوصاً مع عدم علم كل واحد
منهما بالعين حقه لكن في ذلك استشكال مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع
٢ قلت م الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ومال اليه في س الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب قال
في س ولو اودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار واشتبه ففي رواية السكوني لصاحب الدينار نصف دينار
وللآخر الباقي والعمل بها مشهور وهنا الاشاعة ممتنعة ولو كان في اجزاء ممتزجة كان الباقي اثلاثاً ولم يذكر الاصحاب
في هاتين المسئلتين يميناً وذكروهما في باب الصلح لجواز ان يكون ذلك الصلح قهرياً وجاز ان يكون اختيارياً فان
امتنعا فاليمين والافاضل في احد اقوال الدرهم في مسئلة الوديعة بان الدينارين الباقيين بينهما اثلاثاً كالمختلط الاجزاء
وفيه بعد ولو قيل بالقرعة امكن وفيما ذكره الاشكال ولا اشكال بعد النص والفتوى والقاعدة التي اشرنا اليها
في قسمة المال بين متعيه فلو ادعى او بالسوية بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى المنزل منزلة الصلح القهري
فيما بينهم ومنه يعلم ما في احتمال كونه اختيارياً ضرورة امكان القطع بعدمه من النص والفتوى كالقطع بعدم اليمين
في جميع الصور حتى المسئلة الاولى التي حصل الاشتباه في مالك المال من تعاقب يديهما المقتضية ملك كل واحد منهما
لعدم معلومية عدم ملكية المال المتحد لمالكين وابطال لا اقتضاء كل من اليدين في النصف ليس باولى من العكس لحصول الاشتباه
في مالك الكل الذي هو مقتضى يد كل منهما فيكون مالاً مشتبهاً وآثراً بينهما تاتي فيه القاعدة السابقة واما ما حكاه عن
الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك اما مع
فرضه فبعد ينافي بانه كالممتزج من الحبوب ح اللهم الا ان يدعى حصول الشركة بها تعبداً شرعاً بخلاف غيره من الدراهم ونحوها
تفرع ٢ حكم م لكنه كما ترى فالاولى فرض مسئلة المتن بدون امتزاج كما في النص اما معه وقلنا بحصول الشركة به مطلقاً فالمتجه ح الا
في كون التالف على النسبة واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلافه في مسئلة الدراهم يدفعه اولاً
انه لا قطع بكونه على النسبة بالحبوب اذ يمكن التفاوت وثانياً عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول
الشركة بالامتزاج في المثليات على وجه يرفع التمييز وقد ظهر لك من ذلك كله ان الحكم المزبور في هذه المسائل التي
قد عرفت اتفاق النص والاعتبار والمعظم من الفتوى عليها قائم مقام الصلح فيها بالنسبة الى قطع المخاصمة ولهذه
٢ في كتابه م المناسبة ذكرها الاصحاب ٢ ومن ذلك المسئلة الثالثة وهي ما لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلثين
ثم اشتبها فان خير احدهما صاحبه فقد انصف وان تعاسرا بيعا واقتسم بينهما واعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة
وللآخر ثلثة التي قد افتى المتن فيها بذلك لخبر اسحاق ابن عمار عن الصادق (ع) في الرجل يبضعه الرجل ثلثين درهماً في ثوب
وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلثين
ثلثة اخماس الثمن وللآخر خمسا الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلثين اختر ايهما شئت قال قد انصفه
الخبر بالمتن مع احتمال سندها في طريق الصدوق بل والشيخ فما عن ابن ادريس من الوعد وما اليه في ذلك في غير محله ضرورة
عدم الاشكال بعد ما عرفت معتضداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك بل هو لو اشتبها
وبيعا معاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما الا ان الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعية في بيعهما في الحكم المزبور
بل ظاهرهما صيرورة مالكيهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما فهما بمنزلة الشريكين فيهما على نسبة

فيهما فاذا كان من انه ان يبيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر قيمة
وكذا الاقل بناء على الغالب وان بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على راس
المال كالاجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم المقتضي صيرورتهما بمنزلة الشريكين على كل حال ولذا قال
في س بعد حكاية ذلك عنه يلزم على هذا ترجيح احد الامرين من بيعهما معا او منفردين اذ الحكم يختلف ويظهر اثره حتى
امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع والرواية مطلقة في البيع ويشكل الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال
تملك كل منهما لكل منهما قائم فيهما بمنزلة الشريكين ثم ما فيهما اي الدروس من انه ان علمنا بالرواية فلو تعدينا الى الثياب
والامتعة والاثمان المختلفة نظر من تساوي الطريق في الجميع وعدمه فالاقرب القرعة هنا مخالف لقولهم عم علينا الاصول
وعليكم ان تفرعوا ولا يكون الفقيه فقيها حتى تلحن له في القول فيعرف ما تلحن له ولظهور ارادة التعليم منها مؤيد ذلك كله
بموافقة ما فيها للاعتبار مناسبة لما سمعته سابقا مما شرع لقطع التنازع والتخاصم فالاقوى ح التعدية والله العالم
واذا بان احد العوضين المعينين في العقد مستحقا للغير او غير قابل للعوضية كالخمر والخنزير بطل الصلح بلا خلاف
ولا اشكال ضرورة انها مناركا ان هذا الصلح الذي عقد وتعاقدا عليه وانه نقل انه يجب في الصلح العوض لقيامه مقام الهبة
والعارية الا ان الحكم بصحته منها هنا غيرها قصدا فيه فالمقصود ح لو صح بالفرض والذي فرض صحته غير
مقصود ولا يقاس ما هنا على المهر في النكاح الذي فساده فيه لا يقتضي فساد العقد بفساده صار كالملتزم
المستقل عن العقد بالنسبة الى الحكم المزبور باعتبار كونه ليس من الاركان فيه بل يرجع الى مهر المثل لحرمة القياس
اولا ولعدم عوض معتبر شرعا هنا كمهر المثل الذي يرجع اليه عند فرض عدم المهر ثانيا ولكون المهر في عقد النكاح
بعد ان دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده صار كالملتزم المستقل عن العقد بالنسبة الى الحكم المزبور بخلاف
المقام الذي لا دليل فيه كذلك وان ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح نعم المنساق من العوض في المتن وغيره
ما قيدنا به العبارة من كونه معينا اما اذا كان مطلقا فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلا رجع ببدله كالبيع
ولا فساد في العقد كما انه لو ظهر في المعين عيب مثلا يتخير بالفسخ ولا بطلان لكون الصحة منها باعتبار الانسياق
اليها كالمذكور وصفا فهما فرض عدمها يثبت الخيار لقاعدة نفي الضرر وغيرها نعم في تخيره بين الفسخ وبين
الارش كما في البيع اشكال اقواه العدم لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل في البيع الذي لا يدخل فيه الصلح
على الاصح ودعوى ان ثبوته من قاعدة نفي الضرر كالخيار واضحة المنع ضرورة انها لا تقتضي الا عدم
اللزوم المترتب عليه الضرر ومن ذلك يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح اذا كان دليله قاعدة نفي الضرر
او غيرها مما يشمل تناول الصلح كخيار الغبن الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد وتخلف الوصف وعدم الوفاء
بالشرط واشتراط الخيار ونحو ذلك بخلاف ما اختص دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما بناء على
عدم فرعية الصلح للبيع والله العالم وعلى كل حال فلا اشكال في انه يصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى
منفعة بمنفعة او عين للعمومات المقتضية لذلك ولغيره من الصلح عن الحق اسقاطا او نقلا كحق الخيار
او حق التحجير وحق الشفعة بحق مثله او عين او منفعة او غير ذلك من صور الاختلاط بل الظاهر انها تقتضي
صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز اسقاطه او نقله شرعا ولذلك افراد كثيرة كحق السبق الى الوقف وحق
القذف والغيبة وحق الرجوع في الطلاق وفي البذل او غير ذلك مما تسمعه في تضاعيف هذا الكتاب وغيره
نعم الظاهر في كثير من الحقوق صحة الصلح لاسقاطها لا نقلها بل لو شك فيه امكن القول بعدم مشروعيته لعمومات الصلح

الصلح لتم جيدا ولو صالحه على دراهم بدنانير او بدراهم صح وان لم يكن ثم قبض في المجلس لما عرفت من عدم كون الصلح فرعا للبيع عندنا وانه
لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع الصرف على الاشبه باصول المذهب وقواعده وكذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس
الى غير ذلك من الاحكام المختصة بالبيع حتى الربا بناء على انه منها نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات اتجه جريانه في الصلح وقد
تقدم تحقيق ذلك في كتاب البيع وانه على كل حال لو تلف على رجل ثوبا بقيمته درهم مثلا فصالحه عنه على درهمين او اقل من الدرهم
صح على الاشبه باصول المذهب وقواعده والاشهر بل في س المشهور لان الصلح وقع عن الثوب او عن قيمته الكلية التي لا تختص بالدرهم
لا عن الدرهم اللازم ثبوته في الذمة لكن ذلك في شرح هذه العبارة بجامع المقاصد يرد هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله
ليكون الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم
فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الاقوى بل في س انه لذلك ابطله في ف وط وفيه ان المعلوم من مذهب المص
ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب نادر وليس في كلام المص والفاضل بل المتن كما سمعت مبنيا على ذلك بل هو
اما لان الثابت في القيمي في الذمة نفسه كما هو مقتضى قوله على اليد ما اخذت حتى يؤديه بل قوله من اتلف اه وان كان الواجب
دفع القيمة عنه عوضا شرعيا لعدم امكان اداء نفسه ولعدم معرفة مثله حتى يكون اقرب من القيمة فالصلح ح اذا وقع
يقع عنه لا عن قيمته وليس هذا قولا بكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تادية المثل التساوي عرفا او لانه وان قلنا
كون الثابت في الذمة قيمته الا انها غير متعينة في خصوص الدراهم وان كان لو اديت منها كانت قيمته درهما ومن الدنانير
كذا ومنها كذا وهذا لا يقتضي بكون الثابت في الذمة الدرهم بخصوصه كي يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا لكون الصلح
فرع البيع او لان الربا يعم المعاوضات اجمع فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته ح ولعل غرض المص والفاضل وغيرهما
ممن تعرض لهذه المسئلة التعريض بما سمعته من ف وط نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض ان النقد الغالب
من جنس ما صالح به بناء على كونه ح هو الثابت بخلاف ما اذا تعدد الجنس واستويا بان كان دراهم ودنانير والله
العالم ولو ادعى دارا فانكر من هي في يده ثم صالحه المنكر عن اسقاط دعواه على سكنى سنة مثلا صح بلا خلاف
ولا اشكال عندنا ولم يكن لاحدهما الرجوع عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة وكذا لو اقر
له المدعي بالدار ثم صالح المنكر المدعي المقر على سكنى سنة او ان المراد دار لمن هي في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة
وعلى كل حال فهو صحيح بناء على عدم اعتبار العوض في صحته بل ولا تم بناء على ما سمعته من كونه عقدا مستقلا برأسه مندرج
تحت اوفوا بالعقود وغيره من ادلة اللزوم ولكن قيل والقائل الشافعي من العامة والشيخ من الخاصة له الرجوع لان هذا فرع
العارية اذ هو اباحة منفعة بلا عوض وقد عرفت سابقا ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده وان افادة عقد مفاد
آخر لا يقتضي لحوق احكامه على ان الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا اباحتها ولقد افصح عن ذلك كله في س بقوله
ولو ادعى دارا فاقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح ولا رجوع ان جعلناه اصلا وجوزناه بغير عوض ولو انكر
فصالحه المدعى عليه على سكنى المدعي سنة فالاقرب عدم الرجوع لانه عوض عن مال له وكذا لو كان الساكن المنكر
لانه عوض عن جحوده هذا ولكن في ذلك ما تمايز المص بالكاره من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار الا انه ربما يتصور
كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه جعله اباحة منفعة بغير عوض اما اذا لم ربما فان الصلح ح تضمن ان الا ان
المنفعة يقابلها عوض وهو العين فلا يتحقق العارية مع ان الشافعي لما شرط في صحة الصلح الاقرار وجعله فرعا
على العقود الخمسة مثل للعارية بما ذكره هنا مع كون المدعى عليه مقرا ووجهه ان العوضين من واحد فكان الحكم
راجعا الى العارية ولا يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر بل لا يكاد يتصور له وجه صحة حتى ما حكاه عن الشافعي

فان المنقول عنه في كرة مثالا لذلك هو ان يكون في يده دار فيتداعيها فيصالحه على سكناها شهرا فانه سواء اقرّ او سكنى من في يده
المقرّ بها للغير او سكنى المدعى الذي عرضه اقراره بها للمدعي في يده غير ما سمعته منه من التمّ والامر في ذلك سهل بعد وضوح
الحال انما الكلام في صحة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض وكذا الصلح القائم مقام الهبة كما لو قالـــ صالحتك
عن هذه الدار فيقول الآخر قبلت نحو قوله في القائم مقام العارية صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا فيقول
الآخر قبلت فيصحّ صلحاً لازماً وهكذا فان ما سمعته من من صريح في التردد فيه بل صرّح الفاضل في غير واحد من كتبه
بان مدار كان المصالح عنه والمصالح به بل في موضع من كرة انه معاوضة اجماعا بل ارسله الكركي وغيره ارسال المسلمات
قالـــ قيل عليه ان الصلح اذا وقع لدفع الابراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعموم شرعية الصلح وليس فيه
عوضان قلنا يكفي في المغايرة الجزئية والكلية بل ربما كان في قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون
تجارة عن تراض اشعار به بناء على ارادة المعاوضة من التجارة وان كان فيه ما فيه كما ان في الاكتفاء بالجزئية والكلية ما
في بحث تحقق المعاوضة ما لا يخفى والاولى كفت في غير الصلح من عقودها على انه لا يتم في القائم مقام العارية كما في
نحو المقام بل منه يعلم ما في دعوى كونه من عقود المعاوضة الحقيقية خصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه بل ربما ظهر
منه خلافه كما لا يخفى على من لاحظها بل قد يدعى كون المستفاد منها ان كلما يتفقان عليه ويصطلحان عليه مما لم
يكن فيه تحليل حرام او بالعكس كان من الصلح الجائز وجرت عليه احكام عقد الصلح من اللزوم وغيره وان كان مقتضى
ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامها بخصوص البيع والاجارة والهبة والعارية والابراء كما هو ظاهر جماعة بل
صريح الكركي في حاشية الكتاب ضرورة كون المتجه ح قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها وفائدته اللزوم وغيره
من احكام الصلح الا اني لم ار مصرّحا به كما اني لم ار تحريرا لهذه المسألة في كلامهم ولا ان المراد بالمعاوضة فيه الصورية
لا الحقيقية بمعنى انه عندنا تاليف عقد لا بد فيه من صورة مصالح عنه ومصالح به وليس في الادلة ما يقوم بذلك
والمتجه ما عرفت ان لم يكن اجماعا على خلافه ولعل ما ذكره غير واحد من صحة الصلح عما في الذمة بالانقص في غير الربوي
بل وفيه حتى على القول بعمومه له باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة بل هو في معنى الابراء كما اعترف به في س
مستدلا عليه بقول النبي ص لكعب بن مالك لما تخاصم مع اخر اترك الشطر واتبعه ببقيته وبانه روى عن الصـ
بل الظاهر عدم الفرق بين ان يكون صورته صالحتك على الف بخمسمائة او بهذه الخمسمائة وان ظهرت منها
صورة المعاوضة نعم الاقوى جوازها ايضا لاشتراكهما في الغاية نعم الاقرب كما في س الافتقار الى قبول الغريم
هنا وان لم يشترط في الابراء القبول لاجل انه تمام عقد الصلح والله العالم وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك اولوية
الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا وان كان بجنسه كما هو مقتضى اطلاق الاصحاب لما عرفت
من عدم كونه معاوضة فلا يجري فيه الربا لكن في س بعد اعترافه باطلاق الاصحاب الجواز قالـــ وهو انما
لان الصلح هنا معاوضة او لان الربا لا يختص البيع او لان النقيصة في مقابل الحلول وفي الثاني منها انه لا يتم
لفتوى جماعة او المتم بعموم الربا بل والثالث بان ذلك يقتضي جوازه في البيع ولا يقولون به فليس الا الاول
الذي هو قد افتى به في الصلح عن الحال ببعضه فضلا عن المؤجل وعلى كل حال فلو ظهر استحقاق العوض او نقص
رده فالاقرب ان الاجل بحاله ولو ادعى عن الميت ولا بينة فصالح الوصي تبع المصلحة وما عن ابن الجنيد من اطلاق
المنع في غير محله والله العالم ولو ادعى اثنان مثلا دارا مثلا في يد ثالث مثلا متفقين على التصريح
بان ملكهما لها بسبب موجب للشركة بينهما كالميراث فصدق المدعى عليه احدهما بعد ادعائه دون الاخر كان

كان ذلك مشتركا بينهما ولا يختص به المقر له لما عرفت من اتفاقهما على اتحاد السبب بالنسبة اليهما على وجه يمتنع استحقاق
احدهما دون الاخر ولعدم الفرق بين الكل والبعض في الشركة لعدم اتحاد السبب الذي لا فرق في اقتضائه
الشركة بينهما فيع وضرا قرار المتشبث بان نصف الدار ليس له كان ح من مخلفات الميت باتفاقهما ولا معارض لهما فيه فيشترك
فيه وتخصيص ذي اليد له باحدهما غير مجد بعد اتفاقهما بينهما على مقتضى الشركة في المقر به وانما ينفع اقراره برفع يده
عنه وح فاذا صالحه على ذلك النصف الذي اقر له به بعوض فان كان باذن صاحبه فلولا هذا صح الصلح في النصف
اجمع وكان العوض مشتركا بينهما وان كان بغير اذنه صح في حقه وهو الربع خاصة وبطل في حصة الشريك وهو الربع الاخر
هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقتضي للتشريك اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة
لا لو قالـــ احدهما العدم المقتضي لها بعد فرض لي النصف بالارث والاخر بالشراء لم يشتركا فيما يقر به لاحدهما لعدم المقتضي
لها بعد فرض سبب ملك كل منهما غير الاخر وانما الاشتراك قد جاء من جهة الاشاعة نعم لو تلقّيا الشركة بينهما معا واتهبا في قبضها
معا ففي كرة الاقرب انه كالارث لاشتراك السبب وهو احد وجهي الشافعية والثاني انهما لا يشتركان فيما اذ ربما كان البيع
من اثنين بمنزلة الصفقتين فان تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد وكانا بمنزلة ما لو ملكا بعقدين هـ
خلاصة ما يقال في توضيح ما ذكره المص وجماعة من القسمين ولكن في ذلك فيه بحث لانه لا يتم الا على القول بتنزيل
البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البائع والمصالح حتى لو باع ابتداء مالك
النصف نصفا للعين مطلقا انصرف الى نصفه خاصة لا النصف المشاع بينه وبين شريكه بخلاف الاقرار فانه
اخبار عن ملك الشيء فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره وح فاللازم هنا انصراف الصلح الى نصيب المقر له
خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين الاخر والمتشبث هذا اذا وقع الصلح على النصف مطلقا
او النصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث توجّه قول الجماعة لان الاقرار منزل على
الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيها وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة
التي ذكرناها وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه قلت لا يخفى عليك ما فيه من ان ما ذكروه من قاعدة الانصراف
المذكور فيما اذا كان متعلق البيع مقدار حق الشريك البائع لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبائع
والظاهر من مورد البيع النصف على نحو عبارة المتن وغيرها كالصريحة في ان المراد النصف الذي قد اقرّ له به بل
لم يقصد المشتري الا ذلك والا لا يخرج دفع العوض جميعا له وبقاء الربع من النصف المقر به للشريك ضرورة عدم
انتقاله بالبيع المفروض مورده النصف المدعى به الذي لا وجه للصلح عنه الا على ارادة اسقاط الدعوى ضرورة عدم
ثبوت شيء له الا الربع الحاصل من النصف المقر به فاذا فرض تنزيل الصلح على المختص بعنوان بعنوانه الذي لا يلحقه
شريكه فيه وهو الربع من النصف المقر به والربع من النصف في يد المتشبث يختص ح بالعوض ويكون الشريك على دعواه
في النصف المقر به وهو ضرر ما قصده المشتري قطعا بل غير مفروض البحث اللهم الا ان يفرض ان المقر به بالنسبة الى المقر
ليس هو الا النصف الذي لا يلحقه شريكه به فيع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذي هو كذلك يتجه اختصاصه
بالعوض ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبث فتم جيدا والامر في ذلك سهل انما الكلام فيما ذكر في جامع المقاصد من انه
بعد ان قرّرنا فيه نحو ما سمعته منا في تقريبها في المتن قالـــ ولقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه
مقتضيا للتشريك في عدم الشركة لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له وهو امر كلي يمكن نقله عن مالكه الى الاخر ولهذا
لو باع احد الورثة حصته من الارث صح ولم يتوقف على رضا الباقين فان اجيب بان الاقرار لا استحقاق الاخر

حيث النصف كالثالث فيجب ان يكون منهما الامتناع تلف حصته دون الاخر قلنا انما اذا تغاير السبب يجب ان يكون كذلك مع
اعتراف المقر له بالشركة الى ان قال — ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب ثم قال — والذي
يقتضيه النظر ان الحكم في مسئلة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب
تركة بالنسبة الى الورثة وانما لم يحسب عليهم وكان تركة وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم والظاهر الاتفاق ۳ انهم
في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كل من الورثة عن حق الاخر فلا دليل على الحاق تعذر الوصول
الى حق لبعضهم بالانكار مع عدم البينة ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم والاصل عدمه فينبغي التوقف فيه
فيلحظ الحكم المذكور في المبيع ولو كان المشترك دينا فاقر ببعضه وانكر بعضا ففي التركة قبل القبض لا بحث وبعد
القبض وغير التركة من اقسام الشركة فيه الخلاف المتقدم من ان الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه وكانه اخذ ذلك
مما حكاه في كره عن احد قولي الشافعية قال — فيما بعد ان ذكر اصل المسئلة بنحو ما قدمناه هذا اذا لم يتعرضا
لقبض الدار اما لو قالا ورثناها وقبضناها ثم غصبها منا فالاقرب انه كذلك ايضا لشركان فيما يقبضه المقر له منه
لان ايجاب الارث الشيوع وهو لا يختلف وهو احد قولي الشافعي ويحكى عن ابي حنيفة ومالك والقول الاخر
لهم انه لا يشاركه لان التركة اذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضا لحقه وانقطع حقه عما في يد الاخر ولهذا
يجوز ان يطرأ الغصب على نصيب احدهما خاصة بان تزال يده فان المغصوب لا يكون مشتركا بينهما لكن في كره بعد
ان حكى عن الشهيد والمحقق ما سمعت من انصراف الصلح الى الحصة المقر له من غير مشاركة الاخر مطلقا جعل الاخر
منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركة وبعده قال — وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان
التركة او باعه اما الصلح فيبنى على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حصته منه هل يختص بالعوض ام لا والاظهر الاختصاص
لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على عين خاصة حتى يشركا في عوضها انما وقع على حقه وهو ممكن
نقله بعوض وغير عوض فالبحث السابق مثلا آت في مسئلة الارث قبل القبض وبعده وما ذكرناه فيما حكم المدعى
المذكور الذي تصالح على بعضه لو كان دينا فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح
وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض ويأتي فيه في كتاب الشركة من مزيد بحث والتحقيق ان يقال ان محل كلام الاصحاب في
المدعيين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما وانه ليس لاحدهما احتمال اختصاص عن الاخر بوجه وح فاقرار المتشبث
بالنصف لاحدهما لم يفد حق المقر له فائدة تخصه بعد سبق اقراره لشريكه وانما اقتضاء صيرورة هذا النصف
لا بيد لاحدهما يعارض مورثهما فيبقى على الاشتراك بينهما بمقتضى اقرارهما فح كما لو قال — من في يده الدار انما نصفها
لشريكي ولا ريب في اشتراكهما فيه ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الاخر الذي بيد المتشبث عليه واما على فرض
احتمال اختصاص احدهما بالمقر به دون الاخر الذي يحتمل في حقه انه قد باع حقه من المتشبث او وهبه اياه او نحو
ذلك لم يشارك المقر له بل كذا لو ادعى كل منهما نصفه فحلف احدهما اليمين المردودة دون الاخر وح فما وقع من اول
الشهيدين وتبعه الكركي من احتمال اختصاص المقر له بعوض النصف الذي قد صالح عنه المقر له قياسا على بيع الشريك
حصته المشاعة التي لا يتصور الاشتراك فيها في غير محله ضرورة صراحة كلامهم في فرض المسئلة في الصلح عن النصف
المتفقين على اتحاد جهة اشتراكهما فيه وعدم احتمال اختصاصهما اختصاص احدهما به فلا يتصور اختصاصه
بعوض النصف المعلوم عدم كونه له وان تصور ربع منه بيد المتشبث على نحو شريكه ولو فرض وقوع الصلح
على وجه ينطبق على نصف المستحق له في الواقع الذي لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك لكنه يكون خروجا

خروجا عن موضوع مسئلة الاصحاب التي فرقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الاشتراك وبين اختلافهما فيه وسكوتهما
عن ذلك فحكموا بالاختصاص في الاخير دون الاول ومنه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسئلة بين قبض الوارث وعدمه وبين
كون السبب الارث ونحوه فما وقع من الكركي اخيرا ايضا من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية في غير محله فتأمل
جيدا ليتبين لك الحال في اطراف المسئلة التي منها معلومية القاعدة في ان المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما
يبقى لهما ومنها ان الحصة المشاعة التي هي للشريك لا شركة لاحد فيها فاذا اراد الصلح عنها مثلا لم يلحقه الشريك بعوضها
ومنها انهم قد ذكروا في انه لو اقر بان نصف الدار لزيد والاخر لي ولشريكي وانكر الشريك كان النصف الباقي بايديهما
بينهما على حسب نسبة الربع الى النصف وما انكر عليهما وان كان المختص بالانكار المقر له بخلاف ما ذكروه فيما لو اقر لاحد
الاخوين بثالث فانكره الثالث فانه يختص النقصان بالمقر له واما المقر فياخذ نصيبه تاما ولعل السبب في ذلك
استناد الاول الى اليد ونحوها التي تقضي على الشريكين بخلاف الاخير الذي تختص الخصومة فيه بين المقر له
وبين المنكر كما اوضحناه في غير المقام والله العالم بحقائق الاحكام ولو ادعى عليه بشيء مثلا فانكر ثم اقر ولم تكن
دعوى اصله فصالح المدعى عليه مثلا عما ادعى به على سقي زرعه او شجره بمائه بما يسقي به زرعه وشجره من مائه
المدعى عليه قيل والقائل الشيخ فيما حكي عنه لا يجوز لان العوض هو الماء وهو مجهول فلا يصح الصلح بناء على فرعيته
على البيع وفيه وجراحي بالجواز ما اخذه جواز بيع ماء الشرب اي النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة بل قد عرفت فيما
تقدم المنع من فرعية الصلح للبيع اولا وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانيا لكونها تؤول الى العلم نعم قد يمنع الصلح
على المجهول الذي لا يؤول الى العلم كالمبهم ومنه العيب منع الشيخ من ذلك مع ان المحكي عنه في مه جواز بيع ماء البئر
والعين وبيع جزء مشاع منه وجعله عوضا للصلح ومن هنا قال — في لك يمكن ان يكون منعه من الصلح على الشيء
المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا منه معينا
وانما استحق سقيا لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع ح ولا يتعلق
السقي ببقيه وانما بيعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح قلت قد يتحقق بالتسامح في الاول
ايضا اذا كان المحقق مستحق السقي قدر في العرف وان اختلفت افراده اختلافا لا يقدح في مثل الصلح وح فلا يعتبر
اشتراط المدة وان ذكره جماعة ولعله الدوام في الصلح على انه لا ترتفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض او المعوض
اذ ليس الغرض من الاجارة من نقل الاعيان المعتادة بل ذلك المندرج تحت عمومات الصلح كما عرفته فيما تقدم اما لو
صالحه عما ادعى به مثلا على اجراء الماء من سطح المدعى الى سطحه او ساحته اي المدعى عليه او على اجرائه في ساقيته
المحفورة له مثلا صح للعمومات بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه لاختلافه صغرا وكبرا باعتبار قلة الماء
وكثرته لكن في لك المراد بعلم الموضع الذي يجري عليه الماء ميدان يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع عن المحل المصالح عليه
ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض وفيه ان ما ذكره في الصلح عما ادعى به على مجرى
الماء لا على استحقاق اجرائه الذي هو المفروض في المتن ولذا قال — في س ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى
مجرى الماء في ارضه قدر المجرى طولا وعرضا لا عمقا لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض ولو جعله
اجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة جاز اذا قدرت المدة قال — الشيخ ويكون فرع الاجارة في
المجرى فرع البيع قال — الشيخ ولو كانت الساقية غير محفورة لم يجز الصلح على الاجراء لانه من استيجار
المعدوم ويشكل بامكان تعيين مكان الاجراء طولا وعرضا واشترط حفره على مالك الارض وعلى المجرى اجراؤه

ثم لو كانت الارض موقوفة او مستأجرة لم يجز ولو صالح على المدعى به على اجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه اشترط العلم بسطح الذي وهو كالصريح فيما ذكرناه ومن ذلك يعلم ما في قوله في المسالك ايضا فقد اطلق المصنف وغيره حكم الماء من غير ان يشترط مشاهدته ليرتفع الغرر ولا باس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره فمعرفته تكون بمعرفة محله ضرورة انك قد عرفت ان مراد المصنف الذي ترتفع الجهالة عنه العلم بالموضع الذي يجري الماء منه فانه كاف في رفع الغرر ثم قد يناقش في اصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح وقبوله من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره وعلى كل حال فاذا وقع السطح او احتاجت الساقية الى اصلاح وجب ذلك على المالك لتوقف الحق عليه وليس على المصالح الآن لحق الجراة مساعدته والله العالم واذا قال المدعى عليه صالحني لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع الانكار كما عرفته فيما تقدم خلافا لبعض العامة فجعله اقرارا بناء على عدم صحته الا معه وهو كما ترى اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا في عدم كونه ملكا له لاستحالة طلب تحصيل الحاصل نعم ليس هو اقرارا بكونه ملكا للمخاطب الذي طلب منه ذلك لاحتمال كالة او ولاية فيبقى على اصالة عدم ملكه وح فلو اقر به لغيره لم يكن رجوعا مقتضيا للضمان اللهم الا ان يدعى دلالة العرف على كونه ملكا له فيترتب عليه ح الحكم المزبور ضرورة كون المبتغى بحكم ذلك ولولاه لامكن المناقشة في اصل الا بطلب البيع لاحتمال ارادة ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطا فانه يؤثر ملكا له في الواقع وان كان محكوما بكونه له في ظاهر الشرع والله العالم ولو صالح اجنبي المدعى عن المنكر صح عينا كان او دينا اذن او لا لانه في معنى قضاء الدين لكن عن ط انه يرجع عليه ان دفع المال باذنه سواء صالح باذنه او لا والا فلا رجوع لانه متبرع وقد يشكل الرجوع بما اداه ولو باذنه مع كون الصلح بغير اذنه باقتضاء عقد الصلح لزوم المال الى الاجنبي فلا اجرة بالاذن اذا كان قد صالح ليؤدي هو بل وكذا لو صالح مط نعم لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضوليا ولو صالحه لنفسه لا عن المنكر صح وانتقلت الخصومة اليه لكن في [illegible] ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ لعدم سلامة العوض وفيه تامل نعم لا فرق في صحة ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح او لا على الاقوى ولو ادعى الاجنبي انه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالح المدعى صح فان انكر المدعى عليه الوكالة حلف ولكن له اجازة العقد بعد حلفه وقبله والله العالم وكيف كان فيلحق بذلك احكام النزاع في الاملاك لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع على انه ربما يذكر الصلح في جملة افراده ولم يلحظ ذلك في [illegible] فجعله كتابا مستقلا سماه بكتاب تزاحم الحقوق والامر في ذلك سهل وعلى كل حال فهي مسائل الاولى لا خلاف ولا اشكال في انه يجوز اخراج الرواشن والاجنحة ونحوها الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة ولم يعارض فيها مسلم للسيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار من زمن النبي ص الى يومنا هذا وقد وضع هو ميزابا لدار العباس بل هي كذلك من غير حاجة الى الاذن من حاكم ولا من غيره سواء قلنا بكون الهواء ملكا للمسلمين او باقيا على الاباحة الاصلية فما عن احمد من اعتبار اذن الامام في وضع الجناح في غير محله بل هو كذلك ولو عارض فيها مسلم على الاصح لعدم ثبوت حق له في المعارضة لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك وعدم الالتفات الى المعارض خلافا للمحكي عن ف وط من انه لكل مسلم منعه لانه حق لجميع المسلمين ولانه لو سقط شيء منه ضمنه وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار فلا يملك الهواء وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت فهو ح بمنعه معاند لا حق له والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز كما في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكا كما هو واضح نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المارة بل في ذلك وغيرها ان المعتبر ما يليق بتلك الطريق عادة فان كان مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح مالا عادة واعتبر في كره

في كرة مروره ناصبا رمحه لانه قد تزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاده في شيء لبندره ولامكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو قوي وان كانت مما يمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا وعلى ظهره محمل ان امكن مرور مثل ذلك وهكذا ليعتبر ما يجري العادة بمروره على تلك الطريق قلت قد يقال ان المعتبر عدم الضرر حتى في الصور النادرة لان المتيقن من الجواز فيما هو حق للمسلمين كافة والبتة او ما فيما سمعته بل كره فيعتبر ح في الطريق كونه على الوجه المزبور وان لم يعتد فيه ازدحام الفرسان والابل وكلما كثر الا اذا ربما اتفق ذلك خصوصا بناء على ان الاصل المنع لتعلق حق المسلمين باحيائهم والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لا غير نعم لو قلنا ان الاصل الجواز لكونه من مباح الاصل فيقتصر على المتيقن في المنع لم يخرج ما ذكروه الآن الاول لا يخفى ان هذا كله في تضرر المارة اما تضرر غيرهم كالجار بالاشراف عليه ونحوه فيه ذلك وغيره لا عبرة به كما لو وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه فان المحرم التطلع عليه لا البناء المشرف عليه خلافا للتذكرة حيث الحق الاول بتضرر المارة وفرق بينه وبين وضعه في ملكه بان الرواشن في الطريق مشروط بعدم التضرر لان الهواء ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف على الجار او الظلمة عليه وانما يمنع من الاشراف لا من التعلية المفضية الى ذلك الى ان قال ولست اعرف في هذه المسئلة بالخصوص نصا من العامة ولا من الخاصة وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد وترده لبعضهم بان المعتبر عدم الاضرار باهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق اما غير ذلك فلا دليل على المنع منه بل قد عرفت انه لا عبرة بضرر غير المعتاد سلوكه فضلا عن غير المار نعم لو احدث بناء في مباح استلزم الاشراف عليه وتقييد العلامة وغيره الضرر بالمارة دليل على ذلك وانما هو الضرر في هذا النوع خاصة قلت يمكن ان يكون بناء العلامة ما ذكرناه من ان المسلمين باحيائهم الطريق صار هو وقراره وهواؤه ملكا لهم اجمع فلا يجوز لاحدهم التصرف فيه بغير اذنهم او اذن وليهم الا ان السيرة جرت على فعل ذلك والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره اما الخالي عن ضرر الاستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه فيبقى على اصل المنع اللهم الا ان يدعى كونها كذلك ايضا لكنه كما ترى واما عمل السرداب في الطريق النافذ فاذا احكم ازجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر بالمارة فقد صرح غير واحد بجوازه للسيرة ايضا نعم لا يجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم وان احكم ومثله في الساقية من الماء وان لم يكن لها رسم قديم لكن الفاضل منع من عملها في النافذ وان احكم الازج عليها اما لو عملها بغير ازج فانه يمنع منها اجماعا كما في [illegible] ولعل احد ان المتضرر الجار بالسرداب او الساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيهما ولا يجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لا لاهل الدرب وغيرهم نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها في الزائد على المقدر شرعا عنه وفيه ان الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة الى ذلك ولعله لذا قال في [illegible] اتسع الطريق او ضاق لان احياء الطريق غير جائز اذ هو مشترك بين مارة المسلمين فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك فيها وكذا لا يجوز له الغرس فيه وان كان هناك مندوحة لان الدواب قد تصطدم ليلا وتزدحم فيه البهائم نهارا ولانه مع تطاول الازمنة ينقطع اثر الاستطراق في ذلك ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك كالرواشن والساباط ويضعف بانه في الهواء بخلاف الدكة والشجرة وعلى كل حال فلو كانت الرواشن والاجنحة ونحوها مضرة وجب ازالتها على الواضع الغاصب وعلى كل قادر على دفع المنكر ولو كان ضررها بان اظلم بها الطريق على وجه ذهب الضياء منه اصلا فانه لا خلاف ولا اشكال في انه يجب ازالتها بل في ذلك الاجماع عليه بل وكذا اذا ذهب على وجه يضر المارة ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلا لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز فما عن الشيخ من اطلاق عدم تاثير الظلمة في المنع في غير محله

اللهم الا ان يريد ما لا ضرر فيها على المارة فان وجوه ظلمها سبيعها من اللوازم وقد عرفت السيرة مع ذلك على فعلها كما لا خلاف
في انه يجوز فتح الابواب المستجدة فيها اى الطريق النافذة سواء كانت لها باب اخر عليها او الى طريق مرفوع ام لا لما عرفت
من ان المسلمين في ذلك شرع سواء ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور لان
ذلك انما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق بل لو فرض تحققه
لا باس به ايضا للاصل وغيره هذا كله في الطرق النافذة اما الطرق المرفوعة وهي التي لا تنتهي الى طريق اخر ولا مباح
بل الى ملك الغير فهي ملك حقيقة لاربابها الذين لهم ابواب نافذة اليها دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها
من غير نفوذ فلهم سدها عما الشركة والارتفاق بها كغيرها من املاكهم ولهم قسمتها فيما بينهم وادخال كل منهم حصته الى
داره خلافا لبعض الشافعية فمنع من سدها لان اهل الشارع يفزعون اليها اذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها وضعفه
واضح كما انه لا يجوز لاحد من غير اربابها احداث ساباط ولا باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن اربابه سواء كان يضر
او لم يكن لانه مختص بهم وكذا ليس لبعضهم ايضا ذلك الا باذن شركائه لكن على بحث سيسمع الحال فيه انشاء الله بلا خلاف اجده
في شيء من ذلك بل كانه اجماع خلافا لاحد قولي الشافعية من انه لا يجوز لغير اهل السكة ذلك مطلقا واما هم فيجوز
لكل واحد منهم انتزاع الجناح والروشن وغيرها اذا لم يضر بالمارة لان لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها فكذا هوائها
كالشوارع وفيه بعد صراحة الفتاوى بعدما امكان الفرق بحصر اهل الطرق المرفوعة دون الشوارع فاعتبر اذن الاولين
وعومل معاملة الدار ونحوها من الاملاك بالنسبة الى ذلك وان لم يتحرر بخلاف الشوارع التي لا حصر لاهلها وجرت
السيرة على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على استطراقهم فلكم لهم على هذا الوجه ولو لهذه السيرة ونحوها قال المقدس
الاردبيلي من الوسوسة في ملك ارباب الطرق المرفوعة لاهلها فيخلو لا لما في بحث من ان التصرف دليل الملك
مكن في الشوارع لما لم يكن المتصرف متعينا لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعة اذ هو كما ترى بل لما عرفت من ان الطريق
المرفوع ان كان بعض ملكهم اخرجوه فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا اشكال وان كان من المباحات فقد احيوه وحازوه
على هذا الوجه الخاص بهم ضرورة كون احياء كل شيء بحسب حاله وهذا لا يقتضي كون الشارع ملكا للمسلمين باعتبار
ان هذه الحيازة التي ليست من معين بل المعين سلكا ايضا على العموم يقتضي ذلك ايضا الا انه للسيرة المستمرة في العمل
في الاعصار والامصار جعل ذلك على الوجه المزبور من غير رجوع الى اذن حاكم الشرع بل المتولي ولا الغير من المسلمين
المنع مع فرض عدم تضرر المارة نعم قد يقال باقتضاء السيرة والطريقة جواز الدخول فيها والجلوس مع فرض عدم تفرد
اهلها وعدم اعتبار المساواة في استطراق اربابها قلة وكثرة منه او من اتباعه والمترددين اليه بل قد يقال بحصول الاذن
شرعا وان كان فيهم من هو على عليه من طفل او غيره بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم لكن في بحث يجوز للاجنبي
دخول السكة المرفوعة بغير اذن اهلها عملا بشاهد الحال والجلوس غير المضر بهم ولو نهاه احدهم حرم ذلك وفي ذلك
وربما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن اهلها المرور فيها والوجه فيه ما تقدم من الملك والاقوى الاكتفاء
فيه بشاهد الحال فلو منع احدهم حرم اما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا الا مع اذن الجميع لاصالة
حرمة مال الغير بغير اذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر بها ولو بشاهد الحال
وكذا الفاضل في كرة ويمكن ان يريد بشاهد الحال تلك الاذن الشرعية وظاهرهم الحرمة بمنع احدهم وان اذن له
من اراد دخوله اليه بل وان كان من اضيافه او اتباعه بل مقتضى ذلك ان لبعضهم منع الاخر ايضا الى غير ذلك من
الاحكام المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومة بالسيرة خلافها والله العالم وكذا لا يجوز لغير اهلها بل واهلها

واهلها ايضا لكن على التفصيل الاتي لو اراد فتح باب لا استطراق فيه بل لاجل الاستضاءة فيه دفعا للشبهة الحاصلة منها
على مر الازمان فانها ربما تحمل على استحقاق الاستطراق وبذلك فرق بينها وبين رفع الجدار الجائز قطعا الذي لا امارة
فيه لكن قد يقال ان ذلك كذلك الا انه لا دليل على جواز منعه بذلك فان لك التحرز بدفع ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدة
لمثل ذلك وليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه ومن هنا لا خلاف في انه يجوز فتح الروازن والشبابيك
اليها بل الى دار الجار للاستضاءة بها او لغيرها مما لا يحرم عليه مع عدم الاذن بل مع النهي لعموم تسلط الناس على اموالها
نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان منع الضوء وكيف كان فمع اذنهم في كل ما عرفت منعه فلا اشكال
في الجواز ولا اعتراض لغيرهم الخارج عنهم فانه لا حق له وما سمعته من بعض الشافعية واضح الضعف ولكن الظاهر كون
ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع عن ذلك بل يبطل بالموت والخروج من التكليف بالجنون والاغماء ونحوها نعم في كونه له
الارش للسببية في اتلاف المال على اشكال ولعله لامكان منع التسبيب لجهة كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها
اللهم الا ان يقال انه لم يعلم جواز الرجوع بها لقاعدة الضرر ولو صالح من له حق منهم على احداث روشن مثلا قيل والقائل
الشيخ لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع والصلح فرعه وفيه تردد بل منع اذ المقدمتان ممنوعتان للعمومات خصوصا
عمومات الصلح المقتضية جوازه وان قلنا بعدم افراده في البيع لكن في بحث اما لو صالحوا على ذلك بعوض فانه لا بد مع
تعيين المدة وان كان بغير عوض مبنيا على اصالة الصلح او فرعيته للعارية وفي كرة لو صالح واضع الروشن او الجناح او
الساباط او باب الدرب واصحاب السكة على وضعه جاز على الاظهر عندنا لكن الاولى اشتراط زمان معين وفيه
منع اعتبار المدة في الصلح عند المراد به نقله نفسه اليه نعم لا اشكال في اعتبارها لو اريد منه القائم مقام الاجارة مثلا
ولو وقع الاذن منهم على انشاء التمليك له مجانا او بعوض ملكه ولكل حكم ضرورة كون الفضاء ملكا كسائر الاملاك
فيجري عليه جميع احكامها والله العالم ولو كان للانسان داران مثلا باب كل واحد منها الى زقاق غير نافذ جاز
ان يفتح بينهما بابا فضلا عن انه قد يقال بل يجوز فتح باب من الشارع الى ذات السكة فضلا عن العكس كل ذلك
للاصل وقاعدة التسلط ولو تيقن من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة الجائز له اجماعا في جامع المقاصد
وقولا واحدا في كرة فما عن بعض العامة من عدم الجواز لانه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوك لدار لا حق لها
فيه ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعة لو بيعت لبعض دور احد الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل
واحد من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك ومع الكثرة ومنه ان فتح الباب لا يوجب حقا
للدار في الطريق الاخر وانما اباح الانتقال من داره الى داره الاخرى ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا
للكون الثاني والدار التي هو فيها لا الا مع فتح نظرها على ما كانت عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق
ولا يتعداها الى الاخرى وان جاز الاستطراق لكن قد يقال ان الفتح المزبور وان لم يفد الحق المذكور الا انه يحدث
شبهة في الاستحقاق نحوها في المفتوحة لغير الاستطراق التي قد سمعت تصريحهم بالمنع منها اللهم الا ان يمنع ولا منها
على ذلك بخلاف فتح الباب في الطريق وعلى كل حال كما فرض عن ظاهر الشيخ اشتراك اهل الزقاقين في الدرب من الحائز
فتبطل حق شفعة كل منهما بالكثرة ان ثبت بناء على ثبوتها معها لا وجه لها ولعله الى ذلك اشار في محكي قوله ولذو الدارين
الملاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر وان كان في جامع صدق في الاحتمالات
فيها والله العالم ولو احدث الاجنبي او بعض اهلها في الطريق المرفوع حدثا على غير الوجه الشرعي جاز ازالته لكل من
له عليه استطراق من غير فرق بين المضر وغيره وبين كونه في الهواء كالروشن او في الارض كالدكة ولا بين وقوعه باذن بعضهم

وعدم بل لو بقى واحد بغير اذن كان له الازالة بل وللاذن ذلك ايضا لقاعدة التسلط واذن بعض الشركاء لا يتعدى في
المال المشترك ولو كان في دقاق بابان مثلا احدهما ادخل من الاخر فصاحب الادخل يشارك الاخر في مجازه ويزيد
الدخل عما بين البابين على المشهور بين الاصحاب كما في لكه لان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته
بابه فلا يشارك الاخل بخلافه وقيل يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها او اسفلها لاحتياجهم
الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان اقتصار تصرف الخارج من نفس ما يخرج من بابه امر بعيد بل
متعسر والمتعارف الاحتياج الى ازيد من ذلك ولظهور اتحاد جميع اهل الدربية في اليد عليها اجمع حتى الفضلة التي تكون
فيها فان القول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيد ولعله لذا قوى بعض الاشتراك في الجميع كما في كشفه مستجمعه
الفكر وعليه يتضح الوجه في الحكم باشتراك الفضلة بينهم بما لو كان في ازقاق فاضل الى صدرها او اسفلها وتداعياه
او لم يتداعياه فيما اذن لكما فيه سواء لما عرفت من كونه جزءا من الطريق الذي يدعى جميعا عليه بالاستطراق او غيره
وجوه الارتفاق على وجه لا اولوية لاحدهم على الاخر واحتياج الداخل الى استطراق ما بين البابين للدخول الى داره
لا يقتضي اختصاصه بذلك بعدما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق بعنوان الحاجة اليه في الاستطراق الى داره وح فله
وجه لا شكال ذلك ليتوقف الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك اليها ما دام لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب
على تعرفه الفاسد بثبوت يد على الداخل لامكان ولا الى دفعه بان ثبوت ملك شي لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك
فيمكن دخول الخارج اليها بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق فمع فرض اشتراكهم في اليد عليها حكم
باشتراكها فيها بينهم ولا يرد مثله في المسالك بين البابين بحيث لا يجوز للخارج دخوله فيه لان الداخل له عليه يد بما
للسلوك المستمر عليه التعلق الانتفاع بدار الابه بخلاف الفضلة فانه يدعي فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالا
رتفاق وهو مشترك اذ هو كما ترى وعدم ما عرفت من ان يد الداخل على ما بين البابين لا تنافي يد غيره ايضا عليه بالسلوك
فيه للفضلة او لغيرها من مقامات الارتفاق فالتحقيق ح بناء على ذلك على اشتراك الجميع في الجميع الذي قواه في كشفه
ويؤيده ظهور اتحاد جملة من المسلمين طريقا على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة حتى لمن لم يستطرقه منهم لانه
وقع ما وقع بعنوان الجميع كل الطريق الخاص الذي اتخذ طريقا خاصا الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه
الارتفاق التي منها الاستطراق الى الدار لظاهر منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه ولو كان بينهم اجمع على الشركة ومنه ذلك
يعلم النظر فيما ذكره المصنف وغيره من متاخري المتاخرين من الاصحاب من انه يجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج وكذا الخارج
يجوز ان يقدم بابه ولكن لا يجوز له اي الخارج ان يدخل بابه الى الاسفل وكذا الداخل بالنسبة الى الادخل الذي هو خارج
بالقياس اليه فان ذلك كله مبني على اختصاص كل داخل بما الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل
اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكلما خرج عنه له فيه حق وله حق التصرف في جداره برفعه
اجمع فبعضه اولى بل مقتضى اطلاق المتن وغيره عدم الفرق بين سد الباب الاول وعدمه بل صرح بعضهم وان توقف
فيه اخر باعتبار اقتضائه ذلك تعدد حق الاستطراق له الى الدار لكنه في غير محله بخلاف الخارج فانه لا حق له في الاستطراق
الى ازيد من بابه فليس له ح ان يدخلها وان كان ربما اشكل ذلك بانه قد كان له في السابق فتح بابه من اي جهة شاء منها
بل له رفع الجدار اجمع فلا وجه لعدم جواز ادخال بابه لكن قد يدفع بانه وان كان له ذلك قبل ذلك الا انه تشخص حقه
بالباب التي استطرقها له ح الاستطراق من اي جهة شاء من جداره منتهيا الى تلك الباب دون الادخل منها
ورفع الجدار كله لا يقتضي ثبوت حق الاستطراق له من اي جهة منه بل بناء على انتهائه اختصاصه الى بابه يكون كذلك

كذلك بعد رفع الجدار ايضا نعم ذلك كله مبني على الاختصاص والاشتراك المذكورين اما بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع
في الجميع فالمتجه ح تساويهما في الاخراج والادخال من كل منهم في الجواز وعدمه لتساوي الجميع في الاستحقاق وقد يقوى الجواز بالنسبة
الى الاستطراق الذي بناء الشركة على عدم معارضة احدهم الاخر فيه فيجوز فتح بابه من اي جهة شاء من جداره خارجا
عن بابه الاولى او داخلا بل مع سد الاولى وعدمه لان له حق الاستطراق متحدا او متعددا من اي جهة شاء نعم
ليس لاحدهم اخراج الروشن او جناح او ساباط بدون اذن جميعهم لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك
فيه على ما عرفت نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين اتجه ح عدم اعتبار اذنه في الجناح والروشن والساباط
بحذائها لعدم الحق له ح وانما يتوقف على اذن غيره ممن هو ادخل بابا ان كان والا لم يحتج الى اذن اصلا قال في س
ولو كان في اسفل الدرب فضلة فهم مستوون فيها لارتفاقهم بها وقال متاخرو الاصحاب ان ذا الباب الخارج انما يشارك
الى موضع بابه ثم لا مشاركة حتى ان الداخل ينفرد بما بقي ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام
الاحمال ووضع الاثقال فعلى الاول ليس للخارج حق في المنع من الروشن وشبهه فيما هو ادخل منه ويكفي اذن من
له فيه حق وعلى الثاني لا بد من اذن الباقين وهو عندي قوي وهو كما ذكرنا ثم ما ذكره سابقا يجري في الجملة قال
واما السكة المرفوعة اي المسندة الاسفل فلا يجوز احداث روشن ولا جناح فيها الا باذن جميع اهلها سواء كان
في اسفلها او اعلاها ولا فتح باب ادخل من بابه سد بابه اولا ويجوز له اخراج بابه وانه لسبيل الاولى على قول
ولو اذن اهل الاسفل في ادخال الباب فهل لاهل الاعلى المنع فيه اشكال من عدم استطراقهم ومن الاحتياج اليه
عند ازدحام الدواب والناس وهو اقوى اذ قد عرفت انه بناء على الاشتراك يتجه له الجواز في الباب بناء على ما عرفت
من عدم حق لاحدهم في المعارضة فيه لبناء مثل هذه الشركة على ذلك وانما هو كذلك بالنسبة الى الروشن والجناح
وغيرهما اما الفضلة فيمكن ان تكون كذلك ايضا فلكل منهم اخراج بابه منها من غير حاجة الى اذن الاخر بل مع منعه
لكونها جزءا من الطريق الذي قد عرفت اصله وضعه لذلك ويمكن عدم الجواز الا باذن الجميع لعدم اعدادها
للاستطراق وان انتفعوا بها في غيره اما الروشن والجناح اليها فلا اشكال في الحاجة الى اذن الجميع وبذلك
كله بان اذا طلاق الاصحاب سابقا ان الطريق المرفوع ملك لارباب وانه لا يجوز لاحدهم او من غيرهم اخراج
روشن او جناح او ساباط او فتح باب ولو للاستضاءة غير مراد ظاهره على جهة العموم بل هو على الاجمال ما لا
تنافيه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفية اشتراكه وبالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة الى فتح الباب
وغيره وان كان هو على ما اختاره الابقى منه على غيره فاوقع لبعضهم من الاشكال في ذلك حتى ظن التدافع بين
كلماتهم في غير محله والله العالم هذا وقد بان لك ايضا مما تقدم سابقا انه لو اخرج بعض اهل الدرب النافذ
روشنا مثلا غير مضر بالمارة لم يكن لمقابله ولا لغيره معارضته ولو استوعب عرض الدرب ما لم يضع منه شيئا على
جدار لا للاصل والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح من غير اختصاص لاهل الدور في شيء منه من غير فرق
بين ما قابله منهم وعدمه بل صرح غير واحد منهم الفاضل والشهيدان بانه لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره
الى عمل روشن لم يكن للاول منعه لانهما فيه شرع كالسبق الى القعود في المسجد فقام منه ولم يملك الادك
الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولويته سبقه اليه فاذا زال اثره زالت كالقعود في المسجد بل لو
فرض ان الثاني اخرب روشن الاول لم يكن له ازالته وضمن الثاني وان كان قد ضمن الارش واكتسب الاثم في
الازالة وكذا الكلام في المسجد وشبهه لكن قد يناقش اولا بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقه بل قد يناقش

٢ منه

في نحو المقام بانه قد ملكه بالحيازة بناء على كونه مباح الاصل على ما صرح به في شئ فيستمر على ملكه وان زال اثره وقد احتمل
في شرح المكاسب في نحو المقام على بعد قال — فرع لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله او فوقه فهل للسابق منعه
لم اقف فيه على كلام ومقتضى الاصل عدم المنع الا ان يقال لما ملك الروشن ملك قراره وهو آتٍ وهو بعيد لانه مأذون
في الانتفاع ولم يملكه وما للملك فانت يبتني بناء المسألة على ان الطريق المحيي بالاستطراق يكون ملكا لمن احياه هو
مع هوائه فارض الطريق ح وما تحتها وهواها ملك للمسلمين الا انه جرت السيرة والطريقة على تصرفهم فيه بما لا ضرر
فيه على مارتهم وح فلا يملك ذو الروشن مثلا شيئا من الهواء بل هو على ملك سقط من الاصل وانما له حق اختصاص
فاذا زال اثره زال حقه او ان المسلمين انما لهم من حق الاستطراق في الفضاء والاسفل باق على الاباحة الاصلية يملكه
من يحوزه ويجري عليه ح حكم ذلك لم اعثر على تحريرهم لذلك والذي ذكرناه سابقا الاول وقلنا ان حاله كحال اللازم
الخاص في الكيفية بل هو الموافق لقاعدة من ملك ارضا ملك هواها وقرارها الى عنان السماء وتخوم الارض ولا ريب
في ملك المسلمين نفس ارض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك وح فالمتجه ان للسابق حق اختصاص سبق فمتى
زال اثره زال حقه والله العالم المسئلة الثانية اذا التمس وضع جذوعه مثلا على حائط جاره لم يجب على الجار
اجابته عندنا للاصل بل الاصول كما لا يجوز له الوضع بدونها القولة لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ولقاعدة
عدم التصرف في مال الغير بغير اذنه خلافا لاحمد ومالك بل والشافعي في القديم وان كان مع شروط من ان له الوضع بدونها
بل يجبر مع الامتناع لخبر ابي هريرة عنه ص لا يمنع احدكم جاره ان يضع خشبه على جداره واوضح الفساد ضرورة وجوب
طرح مثل هذا الخبر المعارض لاصول المذهب وقواعده لكن يستحب اجابته لما ورد من الحث على قضاء الحوائج والتوصية
بالجار بل يمكن الحكم بكراهية المنع للخبر المزبور ولغيره وح فلو اذن جاز له الرجوع قبل الوضع اجماعا بقسميه للاصل
وغيره بل وظاهرهم ذلك وان استلزم ضررا عليه بفعل المقدمات من بناء وغيره وبعد الوضع المستلزم نقضه للفرد
لا يجوز الرجوع عند الشيخ ومن تبعه لان المراد للمستعير والمعير التأبيد فهو ح كالعارية للدفن وللضرر الحاصل بالنقض
حيث يقتضي الخراب ملك المأذون ولكن مع ذلك فالقول بالجواز حسن بل هو خيرة الفاضل والكركي وثاني الشهيدين
لانه عارية ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك والالحاق بالدفن
قياس مع الفارق لتحريم النبش وكذا العارية للرهن المقتضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف
الراهن بخلاف ما هنا فانه لا حرمة على المالك في خراب ملكه الا انه نسبه الى القيل مشعرا بتمريضه واحتمل المنع من
النقض بل كانه مال اليه قال — ولو اسعفه فوضع قيل جاز له الرجوع لانها عارية ويحتمل المنع من النقض للضرر
الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم يكون له الاجرة فيما بعد الرجوع وفي ط لا رجوع حتى يخرب البناء
للتأبيد وللضرورة ولو قلنا بالرجوع ففي غرم الارش وجهان من استناده الى التفريط الى المستعير ومن لحوق ضرره بفعل
غيره تلك الامثل فهذه المسئلة ما حكاه في كرة عن الشافعي ومحصله خمسة وجوه احدها ان له الرجوع التخيير
بين البقاء بالاجرة والقلع بالارش قال — فيها وهو اظهر قولينا والثاني ان له الرجوع واما البقاء باجرة فمتوقف والقلع بالارش م
على رضاهما وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين واستحسنه في الملك بذلك الثالث ان له الرجوع ولا يجوز
له النقض وانما له الاجرة خاصة ومال اليه الشهيدان الرابع ان له الرجوع والقلع مجانا الخامس انه ليس له
الرجوع بمعنى انه لا يستفيد به جواز قلع ولا اجرة وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه بل هو ظاهر المتن ولا
ريب في قوة الرابع بناء على ان له الرجوع ضرورة كون المنشأ في ذلك على تقدير القول به ان حكم هذه العارية حكم

حكم غيرها من العواري الذي يعتبر في بقائها استدامة الاذن فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها فيبقى وضع بلا اذن والضرر
اللاحق بالقلع انما يلحق من خطاب الشرع له بتخليص ملك الغير ورفعه عنه وبذلك لا يعد كون المعير متلفا لا مباشرة ولا
تسبيبا كي يتجه ضمانه الارش خصوصا بعد اقدام المستعير على الوضع بالاذن المفروض جواز الرجوع فيها فلذا وعد منه بلا رجوع
الارش انما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير في البقاء الذي قد فرض عدمه باعتبار ارتفاع استمرار الاذن الذي هو
السبب فيه ومنه يعلم ما في القول بان له الرجوع ولكن لا يجوز له النقض وانما له الاجرة فانه لا حق له بعد
فرض انقطاع الاذن المفروض ان دوامها هو السبب في البقاء فلا حق له ح في البقاء كي يجب على المستعير اعانه
وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها على ان الضرر الحاصل على الغير بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعا لا دليل على
الضمان به بل الاصل يقتضي عدمه والا لاتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات
من بناء ونحوه فلا محيص عن المجانية ح مع فرض ان له الرجوع نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع
باعتبار ان العارية المبنية على الدوام سببها ابتداء واستدامة انما هو الاذن الاولى التي لا يتصور فيها
رجوع بعد صدورها بل يكون ح الرجوع فيها كالرجوع بالاذن فيما مضى من العارية وهذا معنى قول الشيخ
لان المراد الدوام والتأبيد ومحصلات عارية الدوام عرفا هكذا وقد شرعها الشرع لشرعه للعارية على هذا
الوجه وهو معنى لا ينافي كون العارية من العقود الجائزة المعلوم ارادة ما كان استمرار الاذن فيها هو المقتضي
للبقاء لا ما كان فيها علة الدوام والابتداء واحدة وهي الاذن الاولى التي لا يتصور فيها رجوع ولعل من ذلك
العارية للدفن لا لان النبش محرم فان حرمة النبش لا تنافي جواز الرجوع المقتضي لتعين الاجرة ح وكذا اعارة
المكان للصلاة التي يحرم الابطال على الداخل بها كما ان من ذلك يتجه ح عدم انفساخها بالاغماء او الجنون
للمعير او المستعير بل والموت وانتقال الدار الى وارث او مشتر آخر ونحو ذلك الذي لا يخفى ما في دعوى التزام
الانفساخ بذلك كله خصوصا مع دعوى وجوب الارش او الاجرة ح او الاذن الجديد من المستعير فان دعوى
وجوب الارش على المعير بانفساخ العارية بجنون المستعير مثلا انه لم يأذن جديدا مما لا يلتزمها من له
ادنى تحرٍ في الفقه بل قد يقال ان قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضي لزوم العارية على
المعير باعتبار انه باذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي وهو حرمة الاضرار وحرمة تضييع المال ونحو ذلك
مثل العارية للرهن الذي تعلق حق الغير واندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذي لا يعارضه جواز الرجوع
بالعارية من حيث نفسها لا انها قارنها امر خارج عنها وكالاذن بالدخول في الصلاة التي يترتب عليه حرمة
الابطال فانه جيدا فانه تحقيق وتدقيق والله العالم ثم ان الارش على تقدير وجوبه هل هو نقص الات الوضع بالهدم
او تفاوت ما بين العامر وجهان ينشآن من كونه بهيئته حقا للبانية فيتجه تفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان
ذلك هو نقص المالية ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان
مال الغير الذي كان بسبب اتلافه وفوائده ولكن لا يخفى عليك قوة الاول لان جميعه مال للواضع غاية كونه
موضوعا على ملك الغير وذلك الملك انما اثره جواز النقض لا المشاركة في المالية بل قد يقال ان المتجه ضمانه ايضا كل
ضرر يحدث في ملك المالك بسبب النقض المزبور ونحوه والله العالم هذا كله في الرجوع قبل انتهاء ابنه اما لو
انتهى فانهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف لانقطاع حكم الاذن الاولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذي
تناقضاه الاذن فيه وكذا فيه قول آخر محكي عن الشيخ وهو انه ان اعاده بالهيئة الاولى لم يكن له منعه من رد

الخشب والسقف عليه فان اعاده بغيرها كان له منعه وفيه ما لا يخفى من انتفائه مقتضى الادلة الاولى فليس له العود بدون الجديدة منضلة في الوضع ودعوى ان الاذن الاولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور يعني كونها في صنف الوضع وان تعددت اشخاصه واضح المنع بل مع فرض التصريح بها لا ثبت ذلك وان قلنا بان عارية الدوام لازمة لكن بمعنى انها بالنسبة الى ذلك الشخص لا المتجدد وكذا العارية للغرس والبناء ونحوهما نعم لو فرض انها صار بهدم هادم لا بانتهاء عمره امكن تخريجه على مذهب الشيخ كما انه يمكن ان يكون كلامه في غير ما نحن فيه من كل ان واضع الجذوع الذي لا يعلم كيفيته يحكم باستحقاقه ذلك حتى يعلم كونه عارية ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك فيتجه ح وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انهدامه مقدمة لحصول حق الوضع وهذا وكن في ذلك لعدان ذكر خلاف الشيخ قال وكثير من الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستأنف ولم يتردد في ذلك فاطرحوا قوله الاخر وهو قول لبعض الشافعية كما ان القول الاخر لم يجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر الخشب ووزنها وطولها او يشاهدها ولو لكون الصلح في اثناء الوضع للاختلاف في ذلك بل ذكر غير واحد انه لا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة لكونه نحو هنا كالاجارة وفيه منع اعتبارها لعموم الصلح فيصلح ح بقصد الدوام بل يمكن ان يدعى اعتبارها ما لم يخل تقييد المقام خصوصا بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي بل يدقق بعدم الحاجة الى معرفة طول الخشب ووزنه وعدده لما عرفت من عدم ثبوت ما يعتبر ما عدا الابهام من الجهالة فيه والمرجع ح في ذلك الى ما يحتمله مثل الحائط المزبور كما ان ذلك هو المرجع في الاجر واللبن بل وكذا لو كان الصلح على بناء بزيادة على حائطه فلا يفتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن خلافا لبعضهم فاوجبه لاختلاف الغرض باختلافها وفيه ان انه لا دليل على مانعية مثل ذلك هذا كله في الوضع على حائط مملوك اما لو كان موقوفا كجيب لا يكون له مالك مخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا وليس له الاذن بغير عوض قطعا ايضا اما معه وفرض المصلحة ففيه وجهان اجودهما في ذلك العدم وقواه في س لانه تصرف في الوقف بغير ما وضع له ولانه يثمر شبهة ولكن الانصاف عدم خلوها الاولى من قوة ولو كان الوقف خاصا جاز للناظر او الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون فيمضي ح عليهم وليس لاهل البطن الاول ذلك لما فيه من الضرر على البطون المتأخرة الذي يندفع بعدم اجازتهم كما هو واضح المسئلة الثالثة لو تداعيا جدارا بين ملكيهما مطلقا ليس لاحدهما يد اختصاص عليه ولا بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه على ما تقتضيه يده من النصف فان نكل احدهما كان الجميع للآخر ان قلنا يقضى بالنكول والا احلف وصار الجميع له متى كره هو اي النصف له او في احد وجهي الشافعي انه يحلف كل واحد منهما على الجميع لانه الذي ادعاه قال في كرة وعليه فان احلف الحاكم احدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الاخر عليه ايضا فاذا احلف قسم الجدار بينهما لعدم الاولوية فان نكل الاخر بعد حلف الاول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين اخرى ولو حلف الثاني على النصف لتعذر الحاكم له على الحلف بالجميع ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان وعلى الاول يكون النصف بينهما مع احتماله انه للثاني خاصة وان قال في جواب الحاكم قبل الحلف اني لا احلف الا على النصف كان في الحقيقة مدعيا للنصف فيقول الحكم لمن حلف عليه مع نكول صاحبه فقوله ظاهر في موافقة الشافعي اللهم الا ان يريد انه مع النكول يحلف يمينا واحدة على الجميع قائمة مقام اليمين المردودة ويمين الانكار لكنه كما ترى ايضا وعلى كل حال فان حلفا او نكلا قضى به بينهما لعدم الترجيح واس الجدار يتبع من يكون الجدار له اختصاصا او اشتراكا فلو تنازعا فيه فاح ما قام احدهما

احدهما بينة بالجدار فهو ذو يد في الاس وكذا الشجرة مع المغرس وذلك لان كون الجدار حائلا بين الملكين امارة على اشتراك اليد ولا دلالة على اشتراكهما في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت به وكيف كان فهذا كله ان لم يكن لاحدهما يد اختصاص اما لو فرضت بان كان متصلا ببناء احدهما اتصال ترصيف بتداخل الاحجار واللبن فيه وفي حائط المختص به كما يظهر ذلك في الزوايا او كان لاحدهما عليه قبة او سترة في تربيع او علو او شبكه او نحو ذلك دون الاخر كان القول قوله بيمينه مع فقد البينة لصيرورته بذلك صاحب يد نعم لو اتصل بهما معا كما لو كان البناء لهما او اختص احدهما بصفة والاخر باخرى فاليد لهما حتى لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر اذ لا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو تحالفا الحكم ما عرفته سابقا ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء احدهما فهو كرة كان بذلك صاحب يد ونظر فيه في س من انه كالاس او كالجزء قال ولو اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاصتم الاختصاص اقوى ولو كان لاحدهما عليه جذع او جذوع قيل والقائل الشيخ لا يقضى بها الجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك بل قد سمعت ان مالكا واحد لم يجوزا منعه للجار المزبور ولانه لا يكونه بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما فوضع الجذوع من احدهما زيادة انتفاع كاختصاص احد الشريكين الساكنين بزيادة الامتعة بل قد سمعت ان زيادة التصرف لا تقتضي الترجيح بعد الاشتراك بما يقتضي كون اليد لهما وقيل يقضى بها لذيها مع اليمين وهو الاشبه باصول المذهب وقواعده لانها تصرف دال على الاختصاص بالملكية على وجه لا يعارضه التسامح المزبور ما لم يعلم والمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف يختص به بوجه من الوجوه السابقة كما في ذلك قال ح فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الاخر خاليا فيكون حكمه حكم ما سلف ذكره من المرجحات ولو جامعها اعتبرها فصلناه وفيه انه لا اشكال في كونه يدا لها كما اعترف به هو سابقا ولذا لو ادعاها براجنبي كان القول قولهما بيمينهما نعم هي يد لا تعارض ما يدل عليه الوضع عادة من الاختصاص وما قدمناه سابقا من عدم الفرق بين الاتحاد والتعدد انما هو في يد الاختصاص لا مثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضي الاختصاص عادة ويمكن ارادته ذلك نعم لا ترجح دعوى احدهما بالخوارج التي في الحيطان كالكتابة والتزيين والوجه الصحيح من اللبن لو بناه بالنصاف والروازن والطين لامكان احداثه له من جهة من غير شعور صاحب الجدار كما في س بل ربما ومثله الداخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكرنا اذ هو من لا ممانعة العقد في تصرف المسلم بل لعدم دلالتها عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك اذ الروازن ونحوها انما تصنع غالبا لبيان الاستحقاق في الجدار لا استحقاقه وح لا فرق في ذلك بين احتمال الحدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجح عليه مما يدل على الاختصاص ولو بامارة ظنية شرعية نعم ولو اختلفا في خص بالقمط مايعمل من القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين قضى لمن اليه منهما معاقد القمط بالضم اي جمع قماط وهو شداد الخص من ليف او خوص او غيرهما الصحيح منصور ابن حازم المروي في الكافي والتهذيب عن ابي عبد الله مسئلته عن خص بين دارين فذكر ان عليا قضى لصاحب الدار الذي من قبله القمط ورواه ايضا في الفقيه باسناده الصحيح او الحسن عنه الا انه قال في حظيرة وكذا الصدوق الا انه قال في غير خص فذكر المعتضد بخبر جابر عن ابي جعفر عن ابيه عن جده عن علي انه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال ان الخص للذي اليه القمط والعاس الا ان الاختصموا الى رسول الله في خص فبعث حذيفة ابن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط ثم رجع الى النبي فاخبره فقال اصبت واحسنت ويقتضي المعظم من الاصحاب فامن قد لا ثاني من الحكم بعكس ذلك في غير محله وكذا ما

ابي حنيفة من عدم الترجيح بذلك بل من المصنف في النافع نحو ذلك تأمّل الا ان قضيته فيه واقعة فلا يتعدى الحكم وح فحكم الخص
حكم الجدار بين الملكين نعم قد يقال انه لا يتعدّيفيا الى سائر وجوه الترجيح بل يقتصر عليها في كل خص واما غيرها فلا بد من الترجيح
بالامارة العادية في دفع بيان الاشتباه والله العالم المسئلة الرابعة لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببنائه ولا تسقيف
ولا ادخال خشبة ولا غير ذلك من التصرف الا باذن شريكه بلا خلاف ولا اشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا
وشرعا من غير فرق بين المضر وغيره بل ذكر انه لا يجوز اخذ اقل ما يكون من ترابه لترتيب الكتاب نعم استثنى له ولغيره الاستناد
اليه واسناد المتاع ونحوه مع فرض عدم الضرر وكذا الجدار المختص بغيره لشاهد الحال كالاستظلال ولانه بمنزلة الاستضاءة بسراج
الغير والاستظلال بجداره مع انه صرح في ذلك تبعا للتذكرة بحرمة الثانية مع منع المالك والشريك لانه نوع تصرف
بايجاد الاعتماد عليه لكن في تردد هل لصاحب الجدار منع المستند والمستظل اذا كان المجلس مباحا الاقرب المنع مع عدم
الضرر وفيه ح ان الجواز للاذن الشرعية لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال فلا فرق ح بين ملكه له وعدمه
للسيرة المستمرة الا ان الانصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع لا مطلقا لان الناس مسلطون على اموالهم
اللهم الا ان يقال ان في المنع عن ذلك وتحقق في الجدران المشتركة بين الاملاك وفي الطرق النافذة وغيرها عسر وحرج
على ان الانتفاع بالفضاء المملوك مثلا لا يتم الا بالمماسة للجدار والامتناع عن بعضه مقدمة لشيء باولى من سقوط حرمة
مثل ذلك مقدمة هناك في ذلك وموضع فيما اذا كان المجلس للمستند والاتم لجاجا وكان مراده ما سمعته من
من اعتبار اباحته لكونه ملكا له لا ان ذلك ربما يكون شاهدا لما ذكرناه والا فلا تلازم بين حرمة المجلس وحرمة
الاستناد والمس وكذا ما بيّنا ايضا من انه لو بنى الشريك في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بحيث لا
يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للاخر الاعتراض عليه ولو التي ثقله عليه لم يجز بدون اذنه فانه ايضا مبني على ما ذكرنا نعم ليس
له حك شيء من الاثر حيا لانه اوجاجا او لبنا ولا الكتابة عليه ولا غير ذلك وان سلم من مظنة الضرر لقاعدة حرمة
التصرف في مال الغير السالمة عن معارضة السيرة والعسر والحرج وما في المتن من تعليل حرمة ذلك بانه تصرف في ملك الغير
بما هو مظنة الضرر ومرجعها اعتبار ذلك في الحرمة في غير محله والامر سهل ولو انهدم الجدار او استهدم لم يجبر شريكه على
المشاركة في عمارته بلا خلاف ولا اشكال للاصل وقاعدة التسلط بل الاقوى توقف عمارته من الشريك خاصة على اذن
الاخر لذلك ايضا خلافا لبعضهم فجوزه لانه نفع واحسان وحكاه في عن الشيخ ولعله الظ من قواعد الفاضل
وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز واخرى فرق بين اعادته بالالة المشتركة فلا يشترط رضاه وبين اعادته بالة من عنده
فيشترط لبقائه شريكا على الاول بخلاف الثاني وفيه ما عرفت ايضا وفي تر ولو بناه احدهما بالالة المشتركة كان بينهما
وفي توقفه على اذن الاخر مع اشتراك الاساس احتمال قوي ولو اعاده بالة من عنده فالحائط ملكه والتوقف على
اذنه هنا اقوى ومنع الشيخ من التوقف على اذن الاخر وله منع الاخر من الوضع عليه في الثانية دون الاولى نعم للشريك
المطالبة بهدمه قال الشيخ او يعطيه نصف قيمة الحائط ويضع عليه والخيار بين الهدم واخذ القيمة للثاني
وفيه انه يكفي في قوة احتمال الاول اشتراك الالات وان لم يكن الاساس مشتركا كما ان له المنع من الوضع ايضا مع فرض
اشتراك الالات في ذلك تبعا لما سمعته منا من ان له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالالات دون ما
لو بناه في المشتركة في غير محله ايضا اللهم الا ان كان الوضع مستحقا له سابقا مثلا فيتجه ح ما ذكره وعلى كل حال فقد ظهر لك
عدم جواز عمارة الشريك بدون اذنه مطلقا نعم في تر لو خاف الشريك وعجز لحمل الشريك نقضا احتمال عدم تصرفه
في ملك غيره وتغيير هيئته وضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية غصبا فلم ازالتها والاقوى العدم وان كان

وان كان بناه بالالة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بنى فلا يصح واما نظر الفائدة في الاثم والجواز
ان كان بناه بغير الة لانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير فيجوز تغييره قلت قد منع بذلك الفاضل في كره بل صرح فيها بعدم
جواز نقض من بناه ايضا لكنه لم يصرح في بناء الغير على تقدير اعتبار الاذن والا فالمتجه ان له ذلك ايضا فان له الامتناع من
بناء الالات المشتركة كما اعترف به في جامع المقاصد ومن التصرف في ارضه مع فرض الشركة في الاساس فلم يكن الوضع ح بحق فهو
ظالم لا حق لعرقه فله الازالة بلا ارش نعم لو قلنا بحرمة ذلك عليه اتجه الزامه به كالهدم ابتداء هنا وفي المسالك ايضا انه حيث
يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع يرجع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم وهل له الاذن
فيه باجرة يرجع بها على الشريك احتمالا الاقوى الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجب الانفاق فاذا اختار الشريك
بناءه مجانا فعل والا تركه قلت بل قد يشكل جبره على الاذن على وجه تقوم اذن الحاكم مقامه بان له الامتناع منها
لقاعدة التسلط وعدم حل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وغيرها ومن هنا انكر عليه ذلك في الحدائق خصوصا بناء على
مختاره سابقا من اعتبار الاذن في الجواز للشريك حتى لو اراد بناءه من غير رجوع عليه وانه لو بناه من غير اذن الى
غير ذلك من عباراته التي هي كعبارة غيره من الاصحاب خصوصا مثل اطلاق المصنف وغيره وخصوصا مثل عبارات كره
في الظهور او الصراحة في عدم وجوب الاذن عليه على اعتبار اذنه نعم في جامع المقاصد نوع لو اراد احد الشريكين الاضرار
بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدونها جميعا
فليس ببعيد ان يرفع امره الى الحاكم ليجبر الشريك بين عدة امور من بيع واجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الامور
الممكنة في ذلك عملا بقوله ولا ضرر ولا ضرار ولان في ترك جميع هذه الامور اضاعة للمال وقد لحظ عنه ولم اظفر
بتصريح ينبغي ان يلحظ وهو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة ومنها سمعته من كره الذي لم يطلقه على الضرر
ونحوه بل جعله من احكام الشركة في الجدار التي قد اعترف سابقا باعتبار الاذن من الشريك لو اراد التبرع ببنائه
ولاحقا في مسئلة السفل والعلو وح يكون عنده كاقتراح وضع جدار مشترك بينه وبينه في ارض مشتركة والات
كذلك ولا ريب في عدم وجوب الاذن بذلك عليه وان تضرر الاخر بذلك وانه لا وجه لرفع امره الى الحاكم ولا يجبر على
ما هو غير واجب عليه نعم لو قلنا ان سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لا يجوز له الامتناع
مع طلب الاخر اتجه ح ذلك لكنه ينبغي عليه عدم اعتبار اذنه بل يظهر ايضا كما في قصور امتناعه عما هو حق عليه كانه هو
الذي لحظه الفاضل فيما سمعته منه من عدم جواز منعه اياه لو اراد الانفراد بالعمارة الا انه كما ترى ضرورة عدم
ثبوت حق بكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح ولو سلم فهو غير ما سمعته من كره الذي لم اعثر على موافق
له فيه ولا من احتمله بل صريح كلامهم عدمه بل في نفسه بناء على اعتبار الاذن في غير محله بل منه يعلم ما في تفصيل المحدث
البحراني من انه لا يحتاج الى الاذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرر به ولا بد منها مع عدمه اذ هو مع انه خروج عن
محل البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك اي مع قطع النظر عن الامور الخارجية قد بينا فيه بان فرض
ضرر احدهما بعدم العمارة قد يعارض بفرض ضرر الاخر بها والضرر لا يدفع بالضرر كما اعترف به الفاضل وغيره في الرد
على الشافعي في القديم من وجوب المساعدة في العمارة بل ومع فرض عدمه ايضا لعدم وجوب دفع الضرر عن الغير
ببذل مال اخر وان لم يتضرر به والا لوجب ذلك في الجدار الجديد وغيره نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها او
برفع الامر الى الحاكم ليرى وجها يحكم به لقطع النزاع بينهما مراعيا للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب
السياسات المعدّة هو لها فتأمل جيدا والله العالم ومما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنف وغيره بقوله وكذا لو كانت الشركة في دولاب

اوتهر او بئر او قناة او ناعورة او نحو ذلك اي لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها من غير فرق بين المشترك ذا غلة تفي بعمارته
وغيره عند الاصحاب على ما في لك وبين القابل للقسمة وعدمها وانما نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة الذي حكم باجبار
الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيهما
فيتضرر به بخلاف الجدار فانه يتمكن من قسمته ورد بامكان كون القسمة فيه اكثر ضررا عليه فكانا ح سواء نعم لو انفق
احدهما على البئر او النهر لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي لا اثر فيه نقل الطين
عنه وليس له فيه عين ملك بخلاف الحائط اذا بناه بآلات منه كما هو واضح وكذا ظهر لك مما ذكرنا انه لا يجبر عندنا
صاحب السفل ولا العلو في الساباط وغيره على بناء الجدار الذي يحمل العلو ولا على جدار البيت لاصالة براءة الذمة
من وجوب عمارة ملك الانسان لنفسه فضلا عن الغير الا ان يكون ذلك لازما بعقد صحيح كعمارة الساقية المستحق
اجراء الماء فيها خلافا للشافعي فيجبر صاحب السفل على الاعادة ولا ريب في ضعفه ولو طلب صاحب العلو مثلا بناء
جدران السفل تبرعا فهل له منعه فيه لك فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير ليس له منعه قلت قد عرفت التحقيق
في ذلك سابقا واما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله على ما في عدة من انه لو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقضه صاحبه
كان له المنع ولو اعاده بآلة من عنده فله ذلك وان كان يجب تقييده ايضا كما فيها مع صدق بما اذا لم يكن الاساس للارض
ولا مشتركا بينهما والا لم يجبر بدون الاذن لما عرفته سابقا لكن فيما حضرني من نسخة التذكرة سقيمة وان اراد بناؤه بآلة
من عنده فله ذلك وجاز ان يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير اذنه ليصل الى حقه من الحمل عليه ولا يخفى عليك ما
فيه بعد الاحاطة بما قدمناه سابقا وعلى كل حال فلو بناه فارضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع
بالمعاد بفتح كوة وغرز وتد ونحو ذلك اما الاستكنان فالظاهر انه ليس له المنع منه وان انتفع به هنا كله اذا انهدم بنفسه
او هدماه معا من غير شرط اما اذا استهدم فهدمه صاحب السفل لشرط ان يعيده اجبر عليه قولا واحدا اي اذا كان ذلك
منه بلزوم شرعي ولو هدمه اي الجدار المشترك مثلا بغير اذن شريكه الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه وجب عليه اعادته
لانه ضمان مثلي لكنه في سح ان امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والا فالارش عن الشيخ اطلق الاعادة
والفاضل اطلق الارش ولعل لك بعدما نحكي تفصيل الدروس قال تبعا للكركي وفيهما سبة الا انه خارج عن القواعد
الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت فانه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيدة فالقول بالارش مطلقا اوضح
قلت قد يقوى ما ذكره الشيخ ره لصدق المثلية عرفا بل يصح الاجارة على صيغة جدار مثل هذا الجدار نعم لو فرض
تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى القيمة كما في كل مثلي تعذر مثله وكذا الكلام في كسر الختام ونحوه وفتق الثوب ونحو
ولو هدمه باذن شريكه وشرط اعادته وجب ذلك اذا كان الشرط في عقد لازم بل قد سمعت ما في كرة في نظيره من انه كذلك
قولا واحدا لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسئلة السابقة التي يجب فيها الارش ولعله لعدم امكان الشرط لما عرفت
من عدم امكان ضبط الصفة الا انه كما ترى فان عود الشيء على ما كان محض بحيث يتحقق فيه الصدق عرفا ممكن وواقع
بل من نعلم قوة ما ذكرناه اولا بل قد يؤيده ايضا ان الارش المذكور هنا ان اريد به ما يحصل للشريك من مقابل الهيئة الفائتة ذلك م
فهو لا يجدي في عمارة الجدار المزبور الذي يتحقق فيه الضرر عليه بهدمه ولو لفوات حصة الشريك فلم يكن في ذلك جبر لضرره
وان اريد به ما يقابل تمام الهيئة ففيه انها مشتركة بين الهادم والشريك والانسان لا يضمن لنفسه مضافا الى ما عن
الاردبيلي من استبعاد الارش فيما حكي عنه فانه قال لا يسوى بعد الهدم الا شيئا قليلا جدا والجدار الصحيح
تكون له قيمة كثيرة بل المناسب على القول بالارش ان يراد به ما يحتاج في تعميره مثل ذلك وفيه ايضا تأمل اذ قد يتفاوت العمل

الحمل والاجرة كثيرا فتأمل وبالجملة القول بوجوب الاعادة بحيث يصدق عرفا انه اعادة قوي جدا في صورة عدم الشرط فضلا عما لو شرطه
والله العالم ولو اصطلح الشريكان على ان يبنيه ويكون لاحدهما اكثر مما كان له فعن الشيخ بطلان الصلح لانه فيه اعتاض عما لم يوجد
وفيه انه مع مشاهدة الالات او وصفها او مشاهدة الارض ونحوها ان التالف من الجدار جزء صوري لا يمكن ضبطه بدونها
ان الصورة صفة تابعة للموهوب وضبط ما يمكن والا لما جاز الاستيجار على البناء المقدر بالعمل كدعوى عدم العوض بعد
لتساويهما في العمل وغيره التي يمكن دفعها بما عرفته سابقا من عدم اعتبار العوض في الصلح على انه يمكن القول هنا بان الشارط
على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عمله والشارط لنفسه غير متبرع فليشترط له قدرا من الملك وكذا دعوى اقتضائه تعليق
المالك على حين وهو ممتنع لامتناع الاجل في الملك ومن هنا احتمل بعضهم جواز اشتراط تملك الاكثر من الالات لا من الجدار
بعد البناء وح فلو انفرد احدهما بالعمل وشرط لنفسه الاكثر من الآلة صح قطعا اذ قد يدفع ايضا بان هذا الصلح يجري مجرى
الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من العبد فانه يملكه في الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه
وبين غيره وعلى هذا عليك الاكثر في الحائط مبنيا والله العالم ثم انه لا خلاف ولا اشكال في جواز قسمة الجدار المشترك
طولا وعرضا وطوله امتداده من زاوية البيت مثلا الى الزاوية الاخرى لا ارتفاعه عن الارض الذي هو سمكه والعرض هو السطح
الذي يوضع عليه الجذوع فلو كان طوله عشرا وعرضه ذراعين فاقتسماه في كل الطول ونصف العرض فيصير لكل واحد
ذراع في طول عشر جاز منها طول عشرة اذرع في عرض ذراع جاز وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول بان يصير لكل واحد
منها طول خمس اذرع في عرض ذراعين ثم القسمة بعلاقة توضع جائزة في الاولى وبالنسبة جائز في الثانية من الاولى الا مع
تراضيهما لا لانقضائه ما قسمها الا له والقرعة ممتنعة في الاولى لامكانه وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم امكان التبديل
بل يختص كل وجه بصاحبه ولعله لذا قال في عد لا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض لان
القرعة معيار القسمة لكن قال ايضا العرض وكذا في نصف الطول وكل العرض وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل
يختص كل واحد بصاحبه وظاهره عدم الاجبار في الصورتين لكن في محكي كرة انه ان انتفى الضرر عنها او عن الممتنع اجبر عليهما
في الصورة الثانية وان تضرر الممتنع لم يجبر وفي سح ومتى تطرق ضرر عليهما او على احدهما وطلبه الاخر فهي قسمة تراض والا فهي
قسمة اجبار ولو طلبها المتضرر اجبر الاخر وكذا يجوز قسمة عرصة قبل البناء قلت هذا خلاصة ما في عد وجامع المقاصد
وسح لكن قد يتوقف في جعل معيار القسمة القرعة بمعنى عدم الاجبار عليها مع عدم امكانها كما انه قد يتوقف في اعتبار
امكان وقوعها على ما ينتفع به اذ يمكن في الرجوع عليها ما الاخذ في المقام وان وقعت في الوجه الخارج عنه الا انه يمكن [illegible]
التبديل بالمعاوضة والاجارة ونحوها ولتحقيق ذلك وتحقيق وجوب الاجابة الى القسمة مطلقا على وجه يجبر [illegible]
الممتنع منها محل اخر بان انتم ولو ملكا دينارين مثلا صفقتين مثلا فليس لاحدهما مطالبة الاخر بدفع جذوعه
عنه ولا منعه من التجديد لو انهدم السقف اذ لم يعلما على اي وجه وضع لجواز كونه هو بعوض ومن ذ نفي الخلاف
فيه وفي سح نعم لو ادعى احدهما الاستحقاق ونفاه الاخر مثلا احتمل حلف المنكر وعليه الفاضل وظاهر الشيخ
ان على مدعي العارية البينة واليمين على الاخر قات لكن في عد لو وجد بناء او خشبة او مجرى ماء في ملك غيره ولم
يعلم سببه فالاقرب تقديم قول صاحب الارض والجدار في عدم الاستحقاق وما نقد عليه في جامع المقاصد لاصالة
عدم الاستحقاق في ملك الغير ولان اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع والوضع اعم من الاستحقاق وغايته
ان يكون بحق وهو اعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع وفيه ان الاصل في تصرف المسلم وبيده ان يكون بملك او استحقاق
حتى يعلم عدم ما يتجدد فيها وضيق سح وجوب الابقاء اما لو فرض نحو ذلك بان تنازع احدهما مع الاخر في الاستحقاق

وعدمه ولم يكن ثم استناد الى يد ونحوه فالمتجه كون اليمين على منكر الاستحقاق وما عن الشيخ من كون البينة على مدعي
العارية واليمين على الاخر يمكن تنزيله على ذي اليد ونحوه كما ان ما في عد وجامع صد ان كان المراد به ما ذكرنا فلا
في حق نفسه ما عرفت وان كان المراد به ما ذكره بقوله نعم فهو متجه وان كان هو خلاف الظاهر من امثال العبارة ولكن الامر سهل
بعد وضوح الحال والله العالم المسئلة الخامسة اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت الحاملة للعلو
فالمتن كما في ك ان القول قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان في جدار الغرفة فالقول قول صاحبها قيل ويعضده ان
جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بها لصاحب الجملة بل في جامع صد جعل ذلك دليل المسئلة
وفيه انه بعد فرض التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ما عدا محل النزاع
منهما والا لم يكن ثم وجه للمخاصمة حتى تتوجه البينة على احدهما واليمين على الاخر فلا دليل للحكم المزبور الا دعوى
استقلال اليد من كل منهما على ما ادعاه فيكون القول قوله مع يمينه نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على
جدار بيته مع فرض تصرف صاحب العلو به بالسقف والبناء عليه وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض اتصاله
العالي بملكه على وجه هو كالجزء منه وبالاستكنان تحت السقف المعلق عليه والتصرف في الجدار انما هو بالتصرف
في بعض اجزائه لانه شيء واحد عرفا وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيد من ان جدار البيت بينهما لان حاجتهما
اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت به الا كونه موضوعا على ملكه وان ارتضاه في ك
بل في ك هو قوي لجيد الا انك عرفت قوة اشتراك الجميع في اليد مثل منهما اللهم الا ان يدعى استقلال اليد من كل منهما
على كل منهما خصوصا في جدار الغرفة المتفق على الاختصاص بيد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الاعلى وانما ذكرناه
ليرى القارئ على اشتراك اليد في العادة فيتجه الحكم حينئذ ولو تنازعا في السقف قيل والقائل الشيخ فيما حكي عنه
ان حلفا قضي لهما به وكذا ان نكلا والا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته في التنازع في العين التي يدهما عليه
وقواه في س قال ---- وفي ط يقسم بعد التحالف والقرعة احوط وتردد في ف بين القرعة والتحالف
وقيل والقائل ابنا الجنيد وادريس لصاحب العلو ومال اليه في ك بل اختاره في جامع صد بل عن الفاضل
ترجيحه في كثير من كتبه لان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف وهما متصادقان
على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل وان كان هما معا كما ترى نعم قد
يقال ان اليد مختصة به دون الاسفل فان سكونه ليس يدا عليه وان كان هو محلا للنظر ايضا باعتبار صدق التصرف
به بالتصرف في البيت الذي هو من اجزائه بل فيما تسمعه من عدم احتمال اختصاصه به باعتبار ان الغرفة على البيت
فلا يتحقق الا بعده والبيت لا يتم الا بالسقف وان كان هو واضح الضعف ايضا فالاقوى الاشتراك بينهما على الوجه
الذي تقدم وقيل والقائل الشيخ كما في ك يقرع بينهما وهو حسن عند المص لانه موضع اشتباه وفيه انه لا اشتباه بعد
اقتضاء اليد الاشتراك بينهما ومع ذلك وربما منع الاشتباه هنا لان رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه
بالنسبة الى الحكم هذا وفي عد اما السقف فان لم يكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار
بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفل لاتصاله ببنائه وان كان بحيث يمكن احداثه كالجذوع يثقب له في وسط
الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل في
واختصاص الاول والثاني ويتبعه على ذلك في س قال ---- ولو لم يكن احداث السقف بان كان ازجا قضي به
لصاحب البيت لاتصاله به وكذا في جامع صد وكذا قال ---- في الاخير منهما موضع الخلاف الذي يمكن احداثه

احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت
وجه الجدار قبل انتهائه لكي يكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار وهو دخول الات البناء
من كل منهما في الاخر فان ذلك دليل على انه لصاحب السفل فيقدم قوله بيمينه قلت قد يناقش بان ذلك لا ينافي وجود
يد من صاحب العلو بالتصرف فيه ايضا لمكان ان يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت او غيره وح يكون يد كل منهما
عليه فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور المسئلة السادسة اذا خرجت اغصان شجرة او عروقها الى ملك الجار بغير
استحقاق وجب عطفها مثلا على مالكها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها من ذلك عطفها
او قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم ولذا صرح في محكي التحرير بالوجوب والاجبار مع الامتناع وجعله المختار
في جامع صد في مال الغير لا تأتي في دفع الضرر عنه والظاهر خصوصا مع كون هتك الحرمة من المالك نفسه بالظلم
او غيره بل قد يظهر من اطلاق المحكي عن التحرير ان للمالك الازالة من دون استيذان من المالك كما لو دخلت بهيمة الى
داره او قد دعه بل صرح به في جامع صد لان ازالة العدوان عليه امر ثابت له ولو توقف على اذن الغير ولانه لو توقف
على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع الامتناع لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه وغير اذن من يقوم مقامه
مع التمكن وح فما يظهر من المتن وس و ... من اعتبار اذنه لا يخلو من نظر وربما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر
بمراعاة اعتبار الاذن منه او من الحاكم وعدمه فلا يحتاج الى الاذن في الاول بخلاف دون الثاني مراعاة
للجمع بين الحقين جميعا وعلى كل حال فالمحكي عن كره من ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير
فعله ويلزمه عدم الاجبار عليه مخالف للقواعد الشرعية نعم مع امكان العطف لا يجوز له القطع فلو فعله كان ضامنا
لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان كما في ك من التعدي بالقطع فيضمن ومن ان
العطف حق له ومما يفوت به في حكم التالف شرعا ولعل الاقوى الاول كما انه يقوى وجوب الاجرة له مع امتناع المالك
وان لم يستأذن الحاكم اذا لم ينو التبرع بذلك ولو مضت مدة طويلة عليها مع تفريطه ضمن اجرة المحل الارض والهواء كما صرح
به غير واحد بل الحكم كذلك مع صدق استيفاء المنفعة وان لم يكن ثم تفريط وكذا صرح غير واحد ايضا بانه ليس لمالك الارض ايقاد
النار تحت الاغصان لتحترق حيث يجوز القطع لانه اشد ضررا فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه وهو كذلك
نعم قد يقال ان له ايقاد النار لمصالحه كالتنور ونحوه وان ادى ذلك الى تلف الاغصان مع تفريط المالك بعدم
العطف مثلا او القطع لعموم تسلط الناس ولانه باهماله وتفريطه اقوى من انتفاع المالك بملكه المؤدي الى تلف مال
الغير نعم وفي حكم الشجرة الجدار المائل الى ملك الغير وكيف كان فالصالح على ابقاء الغصن مثلا في الهواء لم يصح
على تردد ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع ومن كونه عقدا مستقلا مع عدم كونه بيعا
للهواء بل هو صلح عن منفعة لكن لا ريب في ان الاقوى الثاني كما عرفته في نظائره خلافا للمحكي عن الشيخ اما
لو صالحه على طرحه على الحائط جاز بلا خلاف مع تقدير المدة والزيادة بل قد عرفت جوازه في نظير المسئلة مع التصريح
بالتأبيد بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير الزيادة لانها انما تحمل الصلح من الجهالة ما لا يحمله غيره خلافا
لجماعة فاعتبروا في جوازه الامرين جميعا بل في س وغيرها التصريح بعدم جواز التأبيد والله العالم المسئلة
السابعة لو كان لانسان بيوت الخان السفلى ولاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو مع العليا
يمينه من حيث كونه صاحب سفل وعلو لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة
في الارض المحكوم بها ايضا لصاحب الاعلى باعتبار اقتضاء اليد على البناء على محلها وبه اختص الاسفل على غيرها

من الارض لا يوجب اليد له عليها كما هو واضح نعم في تلك هنا مع اختلافهما في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب
الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيجري فيها الخلاف السابق وفي ما لو تنازعا في
المرقات ومحلها فهو للاعلى وفي الخزانة تحتها بينهما ولو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل فالدرجة كالسقف
المتوسط بين الاعلى والاسفل فيقضى لهما بينهما ولا عبرة بوضع الاسفل الاثر وكيزانه تحتها اذا ثبتت نسبة الدرجة
للاعلى بنوذ ويد في الاس قلت قد يرجح صاحب السفل بانها من بيوته الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاص
بها التبعية الهواء للقرار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفا بالاعلى ومن ذلك يظهر لك ما في قول
المصـ ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها سواء فيقضى لها بينهما بعد التحالف والنكول
لان لكل واحد منهما شاهد ايمكنهما باعتبار ان يد الاختصاص للاسفل لصاحب العلو يقضي بان مكانها كذلك اذ الهواء
كالقرار كان يد الاختصاص للاسفل يقضي بان الهواء له ايضا لانه تابع للقرار لما عرفت من ظهور يد الاختصاص
عرفا لذي السفل المفروض كون البيوت له التي هي من جملتها في الحقيقة بل لعل كلامهم فيما تقدم من تقديم صاحب
السفل لو كان النزاع في الجدار الاسفل شاهد على ذلك وكأنه ما لاثبة في تق وفي محكي كرة احتمال الواحتمال الاختصاص
بذي العلو ولا ريب في ضعفه نعم قد يؤيد الاول بظهور التفاوت بين خزانة الدرج وغيرها من البيوت باعتبار
كونها كالتابع له فصاحب اليد عليه ذو يد عليها ايضا ومن ذلك مع تصرف صاحب الاسفل حكم المصـ وغيره بالتسوية
بينهما بخلاف بيوت الاسفل بل هو غير النداعي بين صاحب الغرفة وبين ما تحتها فتدبر جيدا والله العالم ولو تداعيا
الصحن الذي وضعت المرقات في صدره اي نهايته في التسعة وهو اخر خطته في الجهة المقابلة للباب فيقضى منه
بما يسلك الى العلو بينهما مع التحالف والنكول وما يخرج عنه لصاحب السفل لظهور يد صاحب العلو باعتبار انتقاله
الى السلوك في ملك مقدار الممر ونحوه كرفيه للتصرف ايضا صاحب السفل ويختص بغيره لكونه ذي ويد ربما امكن الاشتراك
في العرصة لان صاحب الاعلى لا يملك المرور على خط مستو ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا ولو كان المرقى في
دهليز خارج لم يشاركه الاسفل في شيء من العرصة اذ لا يد له على شيء منها الا انه يتقوى في السكة المرفوعة فاشتراكهما
بها الجميع ويؤيده ان العرصة يحيط بها الاعلى كما يحيط بها الاسفل ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب الاسفل
بالعرصة والدهليز اجمع كما هو واضح والله العالم تتمة اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضي للراكب
مع يمينه وفاقا للمحكي عن ط للظهور يد الاختصاص له عرفا وقيل والقائل الشيخ ايضا في محكي ف وابن ادريس في محكي
السرائر كانا سواء في الدعوى لثبوت يد كل منهما عليها وزيادة تصرف الراكب لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف
المدعي والمنكر منطبق عليهما بتغيرانه ولذا كان ذلك خيرة ثاني المحققين والشهيدين ولكن قد عرفت ان الاول
اقوى لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له خصوصا مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس
الثوب وممسكه ومن له حمل على الدابة مع من في يده زمامها ونحو ذلك اما لو تنازعا ثوبا وفي يد احدهما اكثره فهما
سواء لعدم اقتضاء الاكثرية عرفا الاختصاص وما وقع من بعضهم من انه كمسئلة الراكب والقابض باعتبار ان لكل
منهما زيادة تصرف لم يثبت كونها مرجحا كما ترى وكذا لو تنازعا عبدا ولاحدهما عليه ثياب مع فرض ثبوت يدهما عليه لانه
لا مدخلية للزيادة فانه قد يلبسها بغير اذن مالكها او بالعارية ونحو ذلك بخلاف الراكب لثبوت يد ما عرفا ومن هنا يعلم انه لو فرض يد لاحدهما
خاصة عليه بها والاخر له ثياب عليه فالقول قول صاحب اليد كما انه لو لم يكن لاحدهما عليه يد الا الثياب لاحدهما
يكون بينهما ايضا لما عرفت من عدم كون الثياب يد الصاحبها اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل وليس للاخر عليه يد كان

كان الترجيح لدعواه قطعا ضرورة ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به بل قد يقوى بكونه كذلك لو فرض ان للاخر يدا
عليه بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الاختصاص في الحمل كالراكب والقابض فضلا عما لو كانا معا قابضين ولاحدهما خاصة
الحمل ونحو ذلك انه جعل حكم الراكب ولا لابس الثوب وذي الحمل سواء وفي ذلك هو كذلك اعني في اتحاد الحكم فيها اجمع وان كان
هو عنده الاشتراك وعندنا الاختصاص وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك ولو تداعيا غرفة على بيت احدهما
وبابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت قطعا لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره ومجرد
فتح الباب الى الغير لا يفيد يدا عرفا نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرفا فيها بالسكنى ونحوه امكن تقديمه على
صاحب البيت باعتبار ان يده حينئذ فعلية ويد صاحب البيت تبعية والفعلية اقوى واولى
مع انه في ذلك احتمل التساوي ايضا قال فثبوت اليدين للجانبين
في الجملة وعدم تاثير قوة اليد كما سلف وفيه ما عرفت وفي الفاضل ومع التصرف
اشكال وان كان لا يخفى عليك ما فيه نعم قد يشكل ذلك لذهابهم
للحكم بشركة الخزانة تحت الدرج مع ان يد صاحبه عليهما
تبعية ويد المتصرف بها فعلية فلتقدم حينئذ عليهما كما
ذكرناه سابقا انه لا فرق في التبعية بين
ان يكون منشؤها الحوق السفل بالعلو
او بالعكس فانه من ملك قرارا
ملك هواءه ومن ملك
هواه ملك قراره ومن
ملك شيئا ملك
قراره ولو هواه
والترجيح
والله العالم
بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب الشركة بكسر الشين مع اسكان الراء وبفتحها مع كسرها بل واسكانها والنظر يقع في فصول الاول
في اقسامها ولكن ينبغي ان يعلم اولا ان ماهية الشركة لغة على ما قيل الاختلاط والامتزاج شيوعا اجتماع حقوق الملاك
في الشيء الواحد على سبيل الشياع في الاول بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التميز في مكان واحد والثاني بمنزلة
الفصل فان المنساق منها الواحد بالشخص لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف وحينئذ فلا شركة مع تعدد الشخص
نعم المراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من افراد المتعدد وفي جامع المقاصد
وذلك ان قيد الشياع لاخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان سقفه لواحد
وحائط للاخر وارضه لثالث فانه لا شركة لعدم الشياع وان صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد وفيه عدم صدق
كونه واحدا بالشخص اذ هو مجموع اشخاص وعن الشهيد في المحكي من حواشيه انه لاخراج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص

الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف وح فلا شركة مع تعدد الشخص ثم المراد بالواحد هنا هو متعلق الشركة واذ تعدد لصدق
الاجتماع بالمعنى المذكور في كل واحد من افراد المتعدد وفي جامع صد العقا على البدل كمستحقي الزكوة والخمس والمجتمعين على مسجد او
معدن او مباح يتعذر فيها الاجتماع فان ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع قال ـــ فان قيل يخرج هذه بقوله الملاك قلنا
الملك المراد به الاستحقاق جدرا من المجاز والاشتراك واشكله في جامع صد بان الملك اخص من الاستحقاق فلو
حمل على معناه الخاص المتعارف لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور وخرج بقيد الشياع ما تقدم سابقا الى ان وفى
التعريف نظر لانتقاضه بالشركة في القصاص وحد القذف[٣] والرهن والشفعة ونحو ذلك فانه ليس هناك ملك حقيقي
فلا مالك حقيقة وقد صرحوا بان هذا احد اقسام الشركة الثلثة وكانه قصد الى دفع جميع ذلك في لك فقال ويمكن
ان يكون حامله بحمل الملك على الاستحقاق الذى هو اعم منه ادخال الشركة في الخيار ونحوه مما لا ملك فيه فانه محض
استحقاق فلو حمل الملك على معناه الخاص لا نتقض التعريف في عكسه ان اريد به المعنى الخاص ولو جعل مشتركا بينه
وبين الاستحقاق او مجازا في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز فحمل على معنى الاستحقاق العام ليخلص الاقسام وليسلم
من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق الخاص وارادة العام مجاز غير شايع يجب صون التعريف عن
مثله وقد يجاب عنه بان اطلاق الملك على الاستحقاق ليس مجازا بل معناه يتبادر من قولك فلان فلان يملك الشفعة
على فلان ويملك الحد ونحوه او انه مجاز شايع وان كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليس شايعا والعبرة في صحة
التعريف انما هو بالفرد المحتاج الى استعماله لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظ هنا وينبه عليه ان للمص بلا فصل ذكر حكم الاشتراك في الحق المذكور فليس بنا فلا عن دخوله في التعريف وح فالمستعمل هنا اما المجاز المنصوب على ارادته قرينة او المشترك
اشتراكا معنويا ان جعل ذلك الاستحقاق من افراد الملك حقيقة والاشتراك المعنوي لا يضر دخوله في التعريف
ولعل بدل الملك في التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كله ولذا عرفها في الاسعاد من كتب العامة بانها ثبوت
الحق في الشيء الواحد المتعدد ملكت فتحقق ان الشركة في الحقوق داخلة في التعريف ولو على ارادة الاستحقاق
من الملك لكن تدنينا في ذلك قيد الشياع فيه فانه لا شياع في استحقاق كل منها الثابت له ثم انه لا ريب في ملك الفقراء والذكور
والسادة الخمس والمسلمين الارض المفتوحة عنوة الا انه ملك جنس لا تعدد كي يصدق معه اجتماع حقوق
الملاك والافراد من حيث الشخص لا ملك لاحدها كما ان الاشياء المباحة من معدن ونحوه هي بين الناس على حد
سواء بمعنى ان لكل واحد حيازتها والسابق منهم احق من غيره ومع تعدد السابق يقرع وكذا المسجد والوقف
العام وان كان ثمة فرق بينهما الا انه على كل حال لا شركة فيها من حيث الملك ولا من حيث الحق على سبيل الشركة
في الاموال والحقوق والامر في هذا كله سهل انما الكلام في ملك الكلي في الصبرة مثلا كالصاع منها وكملك شاة
في اربعين شاة وكملك مائة في الثلث بالوصية ونحو ذلك مما لا اشكال في صدق الشركة معه ولا اشاعة اللهم الا
ان يراد منها عدم التعيين لا خصوص الثلث والربع ونحوها وكيف كان فمن ذلك تبعا للجامع صد ان للشركة معنيين
بل في اولهما شعبتين احدهما ما ذكره المص ولكنه معنى من المعاني دخوله في باب الاحكام اولى ضرورة حصول الاجتماع
المزبور بعقد وغيره بل بغيره اكثر حتى لو تعدى احدهما ومزج ماله بمال الاخر قهرا بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بالمعنى
المزبور به وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ولا يدخل فيه المستحقون للارث
ونحوه وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة والبطلان واليه يشير المص
فيما بعد قوله قيل تبطل الشركة اعني الشرط والتصرف وقيل يصح ولو كان على المص ان يقدم تعريفها على ما ذكره لانها المقصود

[٣] والخيار

المقصود بالذات وينبه عليها معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها واحكامها ولي عقد وغيرها كفاية قوله اشتركنا
في العقد المزبور لكن في الحدائق لا يخفى على من تامل الاخبار عدم معنى للشركة الا الاول الذى ذكره المص والفاضل
والشهيد في اللمعة واما المعنى الثاني فلا يتم له دانخه منها الى ان قال ـــ بخلاف حكى عن بعضهم انها عقد جائز
لا عقدها بالكلية ولا عاقد وانما الشركة اجتماع الاموال على الوجه المذكور وذلك معنى لوصفه بالجواز ثم البقاء على
حكمها امر جائز بمعنى انه لا يجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز دفعها واختصصه ومع هذا الاجتماع لا يسوغ لاحد
الشركاء التصرف فيها الا باذن الباقين المدلول عليها باللفظ الصريح او الظاهر او غيره من القرائن كغيره المقام مما يعتبر فيه
الاذن قلت قد يتوهم في ذلك ايضا ظاهر كلام المص واللمعة وغيرها مما لم يتعرض فيها لكونها عقدا بل في جامع صد نفي
الخلاف من المحققين واما الشهيدين فذيل قوله الفاضل وقيل تبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل على ارادة بطلان الاذن
لا عقد الشركة وبرد ذلك كله في الرياض تبعا لجامع صد وغيره بالاجماع وبان الاصل حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه
فيقتصر فيها على القدر المتيقن وهو ما دل عليه صريحا من الجانبين كما نبه عليه في ك وعليه يحمل اطلاق المتقدم عليه واما
الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها والالفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه ولا على وجوده كما يدعي من ظاهر
النصوص مع عدم دلالتها عليه اصلا فلا ريب في مغايرة هذا المعنى للاول ايضا لحصول الاول بامتزاج المالين
قهرا من دون رضا المتشاركين وهو غير المزاج مع الرضا به وبالتصرف في المالين مطلقا او مقيدا على حسب ما يشترط
فانكاره واضح فاسد جدا ولا ينافي التغاير دخول الثاني في الاول دخول الخاص في العام فانه من افراده ويغايرهما
في الجملة قطعا كما هو كاف في افراد الخاص عن العام في الاطلاق الذي خلت من الكلمات خصوصا التذكرة
وخصوصا ما في بعض كتب العامة الا انها جميعها من غرائب الكلام واما ما في ح من انها بعقد الشركة فاسدا
في مواضع الفساد بل يمكن دعوى اجماع العامة والخاصة على خلافه كان دعوى كون عقدها ما دل على جواز
التصرف من كل منها او من احدها ما في الفساد فيه ضرورة عدم مدخلية ذلك في الشركة بوجه من الوجوه بل هو
داخل في قسم الوكالة وقد اعترف به في ك قال ـــ فيما الشركة قد تقع بالاختيار وقد تقع بالاجبار وكلامنا
في الاولى وهي قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالان برضاهما حصلت الشركة الاختيارية
وان لم يكن هنا لفظ واما التصرف فالاذن فيه والمنع منه فذلك حكم زائد على مفهوم الشركة ومن ذلك وغيره يعلم الشوحي
في كلامه وكلام غيره ايضا وكان السبب الذي اوقعهم في الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهري فمع
فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها ح ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك
مع القهر وعدم القصد به ايضا فضلا عما لو قصد به مع الاختيار ولم يكن ح معنى لعقدها الا جواز التصرف خصوصا
مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من اقسام التجارة المبنية على العمل من الشريكين او من احدهما التي قد ورد
النصوص بها وفيمن ينبغي ان يشاركه وان لا يشاركه وغير ذلك من احكامها ولعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركنا
باعتبار امتناع ان يراد بها انشاء حصولها بدون مزج ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ فتعين ان يكون معناه جواز
التصرف والا لم يكن له معنى اصلا كما صرح بذلك في جامع صد الا انه لا يخفى عليك ما في ذلك اذ لا دلالة في قول اشتركنا
على الاذن بوجه من الوجوه كما انه لا حاجة في حصول الاذن منها او من احدهما الى عقد وليس من مقدمات الشركة
حصولها او يمكن اشتراكها في المال مع الاذن في العمل لثالث بل يمكن ارادة الشركة من دون عمل اصلا لغرض من الاغراض
فالتحقيق ان يقال ح بعد الاجماع على كونها عقدا ان قول اشتركنا لانشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالين بينهما على الاشاعة

الا انه لیشترط فی صحة ذلك تحقیق المزج بعده انه لم یکن فموج شرطا کاشفا وناقلا نحو القبض فی الوقف او انه
جزء السبب ومتی حصل مزج بقصد انشاء الشرکة من دون قول تحققت وکانت کالمعاطات اما المزج القهری
والمجرد عن قصد انشاء الشرکة فلا یترتب علیه ملك کل منهما الحصة المشاعة فی نفس الامر وانما یفید الاشتباه فکل من
اجزاء المال الا ان الشرکة ظاهرا یکون بینهما الصلح القهری الذی قد تقدم نظائره فالفارق بین المزج القهری والمزج
الانشائی هو ما ذکرناه فلو اراد ایقاع عقد الشرکة بعد وقوعه کی یتبدل الملك ظاهرا بالملك واقعا بل لو سلم افادة المزج
القهری الملك فی الواقع علی نحو المزج الاختیاری کما هو ظاهر کلمات الاصحاب امکن ان یقال انه لا مانع من صیرورته
جزء سبب مثلا اذا جیء به لاتمام عقد الشرکة مثلا بل وخصوص ربه سببا تاما فی ذلك اذا قصد الانشاء به فی
المعاطات وامکان حصول الشرکة به قهرا فانه لا تنافی بینهما ویکفی فی العقد تحققه بلا انه لا تقع الشرکة بغیر
وبذلك یظهر لك ما فی جمیع کلماتهم من التشویش والاضطراب خصوصا التذکرة وجامع المقاصد والریاض
وغیرها التی لا یخفی علیك حالها بنفی الاطالة بما ذکرناه فضلا عما یظهر من المحکی عن ابن الجنید فی تحقق
الشرکة بالقول من دون مزج قال لو تلف مال احد الشرکاء قبل انعقاد الشرکة باختلاط المالین او بافتراق
کان من ما تلف من مال صاحبه وان کان التلف بعد العقد والافتراق کان من مالهما جمیعا وهو کما تری قال
فی الغنائم بعد نقل ذلك عنه والاصح ان لا شرکة الا بالامتزاج والتلف قبله من صاحبه ومراده تحقق الشرکة
ثم وربما تسمع لذلك ایضا زیادة تحقیق فی مطاوی البحث ثم المال المشترك قد یکون عینا کما هو ظاهر وقد
یکون منفعة بالاجارة والحبس والسکنی قیل والوقف وفیه انه ان کان علی محصورین فالاشتراك فی العین
والا فلا اشتراك بل هو حق نحو ما عرفته وحق الزکاة والخمس والطرق العامة والطرق النافذة وقد یکون
حقا کالخیار والشفعة الموروثة مثلا والقصاص ونحوها واما سبب الشرکة فی الثلثة فقد یکون
ارثا کما اذا ورثا مالا او منفعة او حقا وقد یکون عقدا ایضا فی الثلثة ایضا کما اذا اشتریا دارا او استاجره
او استاجراها او صالحا عن حق تحجیر مثلا وقد یکون مزجا فی العین کما هو واضح بل والمنفعة فیما لو فرض
استیجارهما دراهم للتزیین مثلا بناء علی جوازه لکل دراهم مخصوصة ثم مزجاهما بارادة الاشتراك فی
المنفعة فتحققت اشتراکهما فی المنفعة حینئذ وقد یشکل ذلك باصالة عدمها وانما هو من الاشتباه لا المزج
المعتبر فی تحقق الشرکة ثم وقد یکون حیازة بناء علی تحققها بشرکة الابدان کما عن الاسکافی او علی
فرض نیة کل منهما بانها یحوزه له ولشریکه الموکل له علی ذلك بناء علی الاکتفاء بمثل ذلك ولکن الاشبه
عند المصنف باصول المذهب وقواعده اختصاص کل واحد بما حازه لاصالة عدم دخوله فی ملك الغیر حتی
مع النیة لعدم ثبوت قبول مثله النیابة فضلا عما اذا لم ینو حیازته لا وجه له الا علی جواز شرکة الابدان المعلوم
بطلانها عندنا ومن ذلك یعلم ما فی کلام من انه ینبغی ان یستثنی من ذلك ما لو کان عمل کل منهما بنیة الوکالة لصاحبه فی
تملك نصفها یحوزه فانه حینئذ یتجه الاشتراك لان ذلك مما یقبل النیابة اذ قد عرفت الملك بذلك ایضا عند المصنف
نعم لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء بانیة واحدة او اشترکا فی نصب حبالة الصید المشترك ورمیا السهم المثبت له تحققت
الشرکة فی الجملة قطعا دفعا لان لکن یکون لکل واحد من الحائزین بنسبة عمله ویختلف ذلك بالقوة والضعف ولو اشتبه
مقدار کل واحد فطریق التخلص بالصلح او تملیك کل واحد ما بقی له عند الاخر بناء علی جواز هبة المجهول قلت وعلیه
بالتنصیف لاصالة عدم زیادة احدهما علی الاخر بل قد یحتمل کونه کذلك مع اختلافهما فی القوة والضعف لصدق اتحاد فعلهما

فعلهما فی السببیة واندراجهما فی قوله من حاز ملك ولعدم الدلیل علی اقتضاء ذلك التفاوت فی الحیازة وان کان
هو منافیا للاعتبار العقلی الذی لا یرجع الی دلیل معتبر شرعا فتامل جیدا والله العالم وکل مالین مزج احدهما بالاخر بحیث لا
یتمیزان تحققت فیهما الشرکة اختیارا کان المزج او اتفاقا مقصودا به الشرکة او لا بلا خلاف اجده فیه بل لعل
الاجماع بقسمیه علیه لکن قد عرفت سابقا الفرق بین المزج الاختیاری المقصود فیه الشرکة وغیره بالملك مشاعا فی نفس
الامر فی الاول بخلاف الثانی وان عومل معاملته فی الاحکام الا انه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لاحدهما لم یکن للاخر
شرکة فیه بل لو فرض بقاء ما لیس هو لاحدهما امکن اتیان القرعة عندنا للقائل بها فی مثله وقسمته بینهما من الصلح
القهری عند غیره علی نحو ما سمعته فی نظائره فی کتاب الصلح والله العالم وعلی کل حال فلا خلاف فی انها تثبت فی المالین
المتماثلین فی الجنس والصفة بالمزج الرافع للاختیار بینهما الذی قد عرفت سببیته للشرکة فلو تخلف احدهما
تحقق الامتیاز المنافی للشرکة فلا یکفی مزج الحنطة بالشعیر ولا الدخن بالسمسم وان عسر التخلص والدراهم
بالدنانیر بل ولا الحنطة الحمراء بالبیضاء والصغیرة الحب بالکبیرة والدراهم الصحیحة بغیرها ونحو ذلك مما یتمیز
التمییز فیها بالمزج الذی هو سبب الشرکة اذا کان علی الوجه المزبور سواء کان المالان اثمانا ای ذهبا وفضة
او عروضا کالادهان من المائعات بل والحنطة والشعیر والذرة والسمسم ونحوها خلافا للمحکی عن الشیخ فی ط
فمنع من الشرکة فی العروض الا فی المکیل والموزون وما عن الاسکافی من اطلاق عدم صحة الشرکة اذا کان لکل واحد
منهما متاع الا ان یتعاوضا بعضا بعضها فیبیع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا وان کان یمکن تنزیل کلام الاخیر
منهما علی ما لا یحصل معه الامتزاج الرافع للامتیاز غیر المراد من عدم التمییز کونه فی الظاهر کذلك لا فی نفس الامر فان الاجسام
لا تتداخل فی المائعات فضلا عن غیرها لکن فی الریاض بعد ان اعترف بانه المستفاد من کلمات الاصحاب سیما معقد
اجماع التذکرة قال هذا مضاف لما ذکروه فی التعریف من انها اجتماع حقوق علی الاشاعة فان الظاهر منها حیث
تطلق ان لا یتمیز جزء الا وفیه حق لهما وبه صرح الفاضل المقداد فی شرح الکتاب بل صرح فیه بعدم حصول الشرکة
بمزج الحنطة والذرة والعدس والسمسم ونحوها مما یشبهها ونحوها بل حصرها فی مثل الادقة والادهان عقلا ولکن
انظر عدم استحقاقه ما ذکروه علی طریقة الاصحاب فالظاهر علی عدم اشتراط عدم التمییز النفس الامری مع ان اشتراطه
فی نحو الاثمان مخالف لطریقة المسلمین فی الاعصار والامصار لانهم لا یزالون یتشارکون فیها من زمن النبی ص الی
زماننا هذا من غیر نکیر فی صقع من الاصقاع وعصر من الاعصار فکان اجماعا وقد نبه علیه فی کره بقوله فی التوفیق
بین التعریف وما هنا والخطب سهل بعد الاجماع علی هذا لعدم الدلیل علی ما فی التعریف من اعتبار الاشاعة بالمعنی
المتقدم مع احتمال ارادتهم هنا من عدم التمییز المطلق قلت وفیه اولا ان عدم التمییز فی نفس الامر لا یتم فی الادهان
ولا فی غیرها کما سمعت وثانیا ان التعریف للشرکة الشرعیة الموجبة للملك علی الاشاعة التی قد ذکروا اسبابها بعد
تعریفها ولا ریب فی ان المراد هنا المعنی الاول لا عدم التمییز کما هو واضح لا یشتبه علی من له ادنی تحصیل وما حکاه
فی التنقیح لم اجده فیما حضرنی من نسخته قال الفائدة الثانیة الشرکة امر حادث وکل حادث لا بد له من سبب
والسبب هنا قد یکون ارثا وقد یکون حیازة کما لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء بانیة وقد یکون مزجا کما اذا مزجت
الاجزاء المتساویة المصغرة بحیث یمتاز جزء عن جزء کالادقة والادهان لا کالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم
الجدد والعتق ثم قال الفائدة الثالثة انما قیدنا الاجتماع علی وجه الشیاع احترازا عن اجتماع لا یحصل فیه ذلك والمراد فیه الشیاع م
بالشیاع ان لا یفرض جزء الا وفیه حق لهما وهو کما تری اجنبی عما حکاه عنه ضرورة کون مراده عدم تحققها مع التمییز کمزج الحنطة

بالذرة والدخن بالسمسم والدراهم الجديدة بالعتيقة ونحوها فردها وجمع الادهان والادقة لا بامثالها التي هي من فروقه
المذهب بتحقق الشركة فيها بالامتزاج واما ما ذكره من تفصيل للشياع فهو فى محله لا انه يريد تمامه فى مثل الوثيق دون
غيره كما هو واضح بادنى تامل خصوصا مع ملاحظة كونه اجل من ان يقع فى هذا الوهم الذى لا ينبغى جريانه على اصاغر
الطلبة انما الكلام فى اعتبار المثلية اذ الحاقه بالمزج فيها كما هو ظاهر المتن بل قيل هو صريح قوله اما ما لا مثل له كالثوب
والخشب والعبد فلا تتحقق فيه بالمزج بل قد تحصل بالارث او احد العقود الناقلة كالابتياع والاستيهاب
ولعله لاصالة بقاء كل على ملك مالكه المقتصر فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو المزج فى المثليات دون غيرها
لكن فى الرياض بعد ان حكى ذلك عن المتن هنا قال وقريب منه المبسوط والاسكافى الا انه اطلق ولكن مطلق
النسب لا يقدح خروجه بالاجماع ومع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم فى كثير منها كالثياب المتعددة
المتقاربة الاوصاف والخشب ونحوهما بتحقق الشركة فان ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز ولا
خصوصية للقيمى والمثلى فى ذلك وقد حصل ولا يخفى عليك ما فى اثنائه من المصادرة الواضحة نعم لو كان فى الادلة
ما يقتضى اطلاقه تحققها بالمزج الرافع للامتياز لاتجه الاستدلال باطلاقه ولكن لم نعثر على ذلك اللهم الا ان يستدل
باطلاق ادلتها بالعقود المقتضى لتحققها فى جميع افراد الشك او باطلاق معقد دعوى الاجماع على ذلك الا انا لم
نتحققه نعم فى كرة واما الرياض فعندنا تجوز الشركة فيهما مع الشرط المذكور اى المزج الرافع للامتياز سواء
كانت من ذوات الامثال او من ذوات القيمة وهو ليس اجماعا صريحا مع انك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ والاسكافى
وان كان قد سمعت كلامهما سابقا ولو سلم الاجماع على ذلك فليس فى كلام صاحبه فيما نحن فيه خصوصا بعد قوله
سابقا وكل ما لو مزج احدهما بالاخر اه الشامل للقيمى والمثلى بل قوله ايضا وتتحقق فى المالين المتماثلين فى
الجنس والصفة كما ايضا ضرورة صدق ذلك على القيميات نعم قوله اما ما لا مثل له اه قد يوهم ذلك ولكن
من المحتمل قويا ارادته عدم تحققها بالثوب والخشب والعبد باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز فهو حينئذ بيان
ما احترز به من اعتبار المزج الرافع للامتياز على ان مثل هذه لا يتحقق فيها الشركة بمزجها باعتبار عدم ارتفاع الامتياز
بمزجها كما هو واضح وربما يومى اليه افراد الثوب والخشب والعبد اذ لو كان المراد الثوب فى الثياب والعبد فى العبيد والخشب
فى الاخشاب لناسب التعبير بالجمع نعم قد يقال ان المتيقن من الفتاوى ومعاقد الاجماعات من سبب الشركة المزجية
هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه فيحتمل تحصيل صدق المزج كالدور والبساتين والعبد فى
العبيد والجمل فى الجمال والفرس فى الفرس ونحو ذلك لا تتحقق الشركة المزجية اذ هو من الاشتباه لا الامتزاج الشبيه
بالتداخل عرفا كما فى المائعات وذوات الاجزاء الصغيرة من الحبوب ونحوها بل وغيرها مع فرض الكثرة من الجانبين
وبالجملة المدار فى حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلى والقيمى كالمصنوعات الصغيرة مثل حب الذهب ونحوه
ضرورة صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينهما بل انه لم يقم اجماع امكن القول بتحقق الشركة بامتزاج
الشخصين المتحدين فى الاوصاف الخارجية وان كانا من جنسين كالقرمز مع بعض الاصباغ المساوية له فى اللون
والعسل ونحوه من افراد الدبس ونحو ذلك واعتبار بعضهم اتحاد الجنس والوصف انما هو للاحتراز عما لا يرتفع بالا
متزاج امتيازه من مختلفهما كالحنطة والشعير اللهم الا ان يقال ان ذلك من متعسر التخلص بالامتزاج كالدهن مع
الدبس مثلا لا مما رفع امتزاجه امتيازه وصيره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه فى الجنس والصفة مع انه ايضا
كما ترى للنظر فيه مجال بل قد يقال بتحققها فى متعذر التخلص ايضا على كل نسبة قيمة ماله كما فى المثليات والقيميات الممتزجين للغرض

المزوج اختلاف قيمتهما على معنى صيرورة ذلك المال مشتركا بينهما على نسبة قيمة مالهما اللذين اشترك بينهما قيمتهما الواقعية
دونهما وبالجملة كلامهم فى ذلك غير منقح وقد عرفت ما تقتضيه الاصول وعدم فى مثال الشك كما انه غير خفى عليك تمامية
ادلة الشركة فيما لا مثل له ونحوه مما لا يتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه بان باع كل واحد منهما حصة مما فى يده
بحصة مما فى يد الاخر او وهب كل منهما لكل او باعا معا بثمن اشتريا للاخر به منه او غير ذلك بل قد يستغنى من الفقيه
تحققها فيما لو اشترى بثمن معين مثلا ويقول شركتك فيه على معنى ارادة نقل نصفه مثلا اليه بنصف الثمن ويقول
الربح بينى وبينك فيه ونحو ذلك قال محمد بن مسلم فى الموثق سألت ابا جعفر عن الرجل يشترى الدابة وليس عنده
نقدها فاتى رجلا من اصحابه فقال يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك فنقد عنه فنفقت الدابة
قال ثمنها عليهما لانه لو كان ربحا كان بينهما ونحو غيره والله العالم ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة بلا
خلاف معتد به احد فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما مستفيض ومتواتر من غير فرق بين اتحاد عملهما
واختلافه ولا بين كون العمل فى مال مملوك او تحصيل مباح من حطب وحشيش ونحوهما للاصل السالم عن معارضة
اوفوا بالعقود بعد ما عرفت والنافى بما لم يثبت شرعيته غير مجد والمراد بالتجارة عنه ما يثبت التكسب به شرعا وما
يحكى من شركة سعد بن ابى وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنمونه فاتى سعد باسيرين ولم ياتيا بشىء
فاقرهما النبى وشركهم جميعا غير ثابت مع امكان ان يكون ذلك يوم بدر الذى غنائمهم على ما صرح به فى كرة للنبى فيمكن ٢ غنائمهم
ان يكون ذلك منه هبة لهم بل يمكن غير ذلك ايضا ومن هنا اتفق اهل الحق على عدم الشركة بذلك عدا ما يحكى عن ابن
الجنيد منهم ان المحكى عنه منهم مع ان المحكى عنه فى لف انه قال لو اشترك رجلان بغير رأس مال على ان يشتريا ويبيعا
بوجوههما جاز ذلك ولو اشترك رجلان فكان من عند احدهما بذر وبقر وعلى الاخر العمل والخراج كانت الشركة جائزة
بينهما ولو اشترك رجلان على ان يعملا عملا لكل واحد منهما فيه عمل مفرد او ان يكون ايديهما جميعا فى العمل ويقتسما الاجرة بينهما
لم اجز ذلك لان الاجرة عوض عن عمل فاذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم امن ان يلحق احدهما غبن او ان يأخذ ما لا يستحقه
وان تتاركا الفضل او تحالا او تبرع احدهما بالعمل ثم قسمه على الاخر من غير شركة جاز ذلك وهو كما ترى صريح فى
عدم الجواز لكن فى لف بعد ان حكى ذلك عنه قال والوجه البطلان لنا اجماع الفرقة وخلاف ابن الجنيد غير معتد به
لانقراضه وحصول الاتفاق بعده ولان الاصل عدم الشركة وبقاء حق كل واحد عليه ولانه غرر عظيم ولان الشركة
عقد شرعى فيقف على الاذن فيه ويمكن ان يريد ما ذكره اولا من شركة الوجوه ولكن قد يقال انه يمكن صحة ما ذكره بالتوكيل
من كل منهما على الابتياع والبيع كما انه قد يقال بامكان كونه من باب المزارعة حينئذ فلا يكون خلافا فيه بل يتفق كلام اهل
الحق على البطلان بل وان اشتهر نقل خلافه عن المعروف فى الحكاية عن الشافعى موافقتهم على ذلك وانما المخالف ابو حنيفة
ومالك واحمد بن حنبل على اختلاف فيما بينهم ايضا فى تعيين الجائز من ذلك وحيث كان الجمع عندنا باطلا لم تكن ثمة فائدة تعدلها
فى التعرض لذلك وح فيختص كل منهما بما اكتسبه ولا يشاركه الاخر فيه نعم لو عملا معا لواحد مثلا باجرة ودفع اليهما
شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما اتجه وقعت فى عقد استيجارهما على العمل معه تحققت الشركة ح الا انها ليست من شركة
الاعمال بل هى من شركة الاموال نحو ما لو اجر كل منهما نفسه منفردا ثم ادى اليهما مالا معينا كانت الشركة فى المال الخاصة قطعا
وح فلا اشكال فى جواز ذلك من غير فرق بين اختلاف عملهما واتفاقه ولا بين علمهما بنسبة احد العملين الى الاخر وعدمه لان الاعتبار
فى الصحة بالعلم بعوض المجموع لا الاجزاء واجرة المجموع هنا معلومة فيقسم عليهما على نسبة العمل بان ينسب اجرة مثل عمل احدهما الى
اجرة مثل العملين ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة ومع الجهل بالنسبة يحتمل التساوى والصلح كما فى المالين الممتزجين المجهول قدر

كل منهما والله العالم ولا تصح ايضا الشركة بالوجوه المفسرة في الاشهر باشتراك وجيهين لا مال لهما بعقد لفظي على ان ما يبتاعه
كل واحد منهما يكون بينهما فيبتاعان ويبيعان ويؤديان الاثمان وما فضل فهو لهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض
بيعه الى خامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من
الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له ولا
شركة عندنا في المفاوضة التي هي اشتراك شخصين فيما يغنمان بدون ربح وارث ولقطة وركاز وغير ذلك ويغرمان من ارش
جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقا فيهما كان عن بعضهما او باستثناء قوت اليوم وثياب البدن والخادم وبذل
الخلع والصداقات والجناية على الحر لعدم الدليل عليها عندنا بل الاجماع بقسميه على فسادها وكذا الشركة بالمعنيين الاولين وانما تصح
عندنا بالاموال بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه ايضا على الصحة فيها وهي المسماة بشركة العنان من عنان الدابة او من عن اذا
ظهر ومن المعانة بمعنى المعارضة لامكان تقريب وجه المناسبة في الجميع والامر فيه سهل واذا اطلقوا فيه لكن لا ثمرة معتد
بها فيه انما الكلام فيما في المسالك فانه بعد ان ذكر تفسيرات شركة الوجوه قال ـــــ والكل عندنا باطل خلافا لابن الجنيد فانه جوزها
بالمعنى الاول ولابي حنيفة مطلقا وح فاذا اذن احدهما للاخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء عنهما وكانا شريكين لانه
بمنزلة التوكيل وقد اشترى باذنه فيشترط شروط الوكالة واذا كان المال لاحدهما وباع الاخر سلعه كان عاملا ولا اصح البيع
لوكالة المالك واجرة المثل لعمله ولا شيء له في الربح وكذا ان اخذ ذلك قراضا مع صحته قال ـــــ واما شركة الوجوه فان
احدهما اذا اشترى من دون توكيل للاخر له او مع قصد اختصاصه به فلا حق للاخر في الربح وان وكله فما اشتريا لهما فقد
تحققت الشركة شركة العنان كما انه قبل ذلك بعد ان ذكر الاجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الاقسام الثلثة قال
والمراد ببطلانها عدم ترتب اثارها عليها اما شركة الابدان فلان لكل منهما اجرة عمله ان تميزا قليلة كانت
او كثيرة ومع الاشتباه فيثبت ان الاصح الصلح وان كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتزاج المالين وان عمل احدهما
فلا شيء للاخر فاجرة عمله واما شركة المفاوضة فلان كل ما انفرد به احد الشريكين من تجدد مال او ثبوت غرم فهو مختص
به ولو كان فيما لاحدهما المتجدد من جنس مال للاخر فسدت شركة المفاوضة وانقلبت الى شركة العنان قلت
محل البحث بين الاصحاب ومن اجاز ذلك من العامة مشروعية عقد شركة على احد الوجوه الثلثة على حسب شركة
العنان وعدمه واتفاق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكالة لا يقتضي بجوازها مع فرض قصد الوكالة
وعدم ارادتها وانما المراد عقد شركة على هذا الوجه الذي يصح ان يكون موردا للوكالة لو قصدت بدون ذلك
يظهر لك ما في المحكي عن الاردبيلي في بطلان شركة الابدان عندنا سواء اتفق عملهما او اختلفت وسواء كانت الصنعة
البدنية في مال جلوله او في تحصيل مباح كالاصطياد والاحتطاب ثم قال ـــــ ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى
الاجماع فان كان فهو والا فلا مانع فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وعليك ما لغا البعض الاخر وبذل النفس وعمل
في مقابلة عوض ولا مانع منه في العقل والشرع ولذا جوز بعض اقسامها بعض العامة ثم نقل عنه ايضا ان شركة المفاوضة
عندنا باطلة وليس لها اصل وبه قال الشافعي ومالك ثم نقل عنه ايضا في شركة الوجوه انها عندنا باطلة وبه قال الشافعي
ومالك ثم قال والبحث فيها مثل ما تقدم فتأمل وفيها لا يخفى عليك من الخروج عن محل النزاع اذ فرض كون المقصود بها
المعنى الصحيح وان سمي باسم الفاسد ومن البطلان اذا اراد تأثير عقد الشركة الذي او مقتضاه ذلك وان اتفق في
بعض الاحوال اتحاد مصداقها مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصودا للقائل به يظهر فسادها ووقع ممن جوزها
من العامة معللا برجوعها الى الوكالة او نحوها تأمل جيد اذ قد عرفت حقيقتها الحال والله العالم ويتساوى الشريكان في الربح

في الربح والخسران مع تساوي المال المشترك بينهما بان كان لكل منهما نصفه ولو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر راس
ماله وكذا عليه من الخسارة بلا خلاف في شيء من ذلك مع اتفاقهما في العمل او اختلافهما فيه بل الاجماع بقسميه والسنة
مستفيضة او متواترة فيه مضافا الى مقتضى اصول المذهب وقواعده في المقام ذلك بل هو مقتضى الاصول العقلية ايضا وما عن
بعض العامة من منع الشركة مع عدم استواء المالين في القدر وبعضهم اتفاقهما في العمل قياسا على ما لو اختلفا في الربح واتفقا في المال
مدفوع بان المعتبر في الربح المال والعمل تابع فلا يؤثر اختلافه كما يجوز مع استوائهما في المال المفاضلة وان عمل احدهما اكثر انما الكلام
فيما لو شرط لاحدهما اكثر ~~انما الكلام فيما لو شرط لاحدهما~~ في عقد الشركة زيادة في الربح مع تساوي المالين او التساوي في الربح
والخسران مع تفاوت المالين مع عدم مقابلة ذلك بعمل فقيل والقائل الشيخ واتباعنا ابن ادريس وابن زهرة والقاضي وجماعة
بل عن السيد ضم الاجماع عليه كما عن ابن ادريس نسبته الى الاكثر تبطل الشركة اعني الشرط والتصرف الموقوف عليه ويأخذ كل منهما
ربح ماله ولكل منهما اجرة مثل عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله وقيل والقائل المرتضى والفاضل ووالده وولده تصح الشركة
والشرط بل عن الاول منهم دعوى الاجماع عليه وقيل والقائل ابو الصلاح في المحكي عنه تصح الشركة دون الشرط الذي هو
انما تقيد الاباحة لها لا ملكها فيجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية والاول اظهر عند المص وجماعة ممن تاخر عنه لانه اكل
المال بالباطل باعتبار عدم مقابلة الزيادة لعوض لكون الفرض انها ليست في مقابل عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة
لتضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا احدها ولا هو اباحة للزيادة
اذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك كالوضع
اليه دابة الحمل عليها والحاصل انها فيكون باطلا فيبطل العقد المتضمن له اذا لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف
الا على ذلك التقدير فلا يندرج في قوله تع اوفوا بالعقود ولا في قوله ع المؤمنون عند شروطهم خصوصا مع الجواز في عقد
الشركة المنافي للزوم المستفاد من الايتين واما عدم اندراجه في قوله تع الا ان تكون تجارة عن تراض فلان الشركة
اذ الشركة ليست من التجارة في شيء اذ هي مقابلة مال بمال وهذا الشرط ليست تجارة ايضا لعدم تضمنه معاوضة ومجرد
التراضي غير كاف في اللزوم بل غايته الاباحة ولا كلام في الجواز بها ولكنه غير مفروض المسئلة لعدم استناده الى عقد الشركة
ومع ذلك الاباحة في صورة جهلها بفساد الشرط محل مناقشة بل منع نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة ح لانه
العمل مال فهو في معنى القراض كما نبه عليه المص بقوله اما لو كان العامل احدهما وشرطت الزيادة للعامل صح وكان بالقراض
اشبه بلا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة بل ولا في جوازه مع العمل منهما ايضا وشرطت الزيادة لمن زاد عمله على الاخر
وبذلك كله ظهر لك دليل القولين الاخيرين وفساده حتى الاجماع المحكي للثاني منهما المعارض باجماع ابن زهرة المعتضد
بالنسبة الى الاكثر وبما سمعت ولكن مع ذلك للنظر في جميع ما عرفت مجال وذلك لان الاتفاق على الجواز في الصورتين المذ
بورتين ليس هو الا الشرط المذكور اذ ليس ذلك قراضا قطعا لعدم قصده اولا وعدم تماميته في الصورة الثانية منهما ثانيا
وعدم اعتبار ما يعتبر في القراض من كونه نقدا في الصحة هنا ثالثا فليس ح الا الشرط المذكور وهو كما انه قابل للتمليك في مقابلة
العمل او زيادته قابل للتمليك مجانا المتحقق شرعا بالهبة وغيرها فلا يكون الاكل ح الا باطل بل هو بالسبب الصحيح
الشرعي الذي هو الشرط واحد الاسباب المملكة ودعوى كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده الاذن خاصة لا يفيد ملكا
اذ هو كعقد العارية يدفعها انه كذلك مع اشتراطها للعامل خاصة كان دعوى كون عقد الشركة من الجائز فلا تشمله الاية ولا
الرواية مشترك الالزام ومبني ايضا على ان المراد من عقدها المشترط فيه ذلك انما هو العقد المشتمل على الاذن في التصرف لا
عقد انشاء الشركة الذي قدمناه سابقا فانه لازم لا ينافيه بطلان الشركة بالقسمة كما لا ينافي لزوم البيع الاقالة واما مع

كونه تجارة عن تراض بمعنى تكسب ولو لاحدهما بالطريق المزبور فواضح المنع هنا مع انه قد يتحقق في صورة تساويهما في العمل
وشرطت الزيادة لاحدهما او اختلافهما وشرطت لادناهما بالصحة بناء على ما ذكرت لمقابلتها ح بالعمل متى اشترطت له
ما ما الآخر فهو متبرع بعمله لم يرد في مقابلته شيئا اذ لا امتناع في ان يعملا احدهما بعوض والآخر بلا عوض هذا كله ما شاء
مع الخصم والا فالمعتبر الصحة مطلقا حتى اذا لم يعملا بل نمى المال في نفسه فما فيه من اشتراط الصحة بذلك قال
ولو شرط التفاوت مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا او احدهما سواء شرطت الزيادة
له او للآخر فيجعله ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في الصورتين كما
هو واضح وبذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الاصحاب كالكركي وثاني الشهيدين واتباعهم فلاحظ وتأمل مضافا
الى ما عساه يستفاد من النصوص المتقدمة في كتاب الصلح الدالة على جواز اشتراط راس المال لاحد الشريكين
وللآخر الربح فعليه الخسران التي قد سمعت تفصيل الكلام فيها والى النصوص المتضمنة للمشاركة في الجارية على ان يكون
الشريك شريكا في الربح دون الخسران وان حملها بعض الناس على معنى آخر بقى الكلام فيما ذكره المص وغيره من قسمة
الربح على المالين بناء على البطلان اذ هو ظاهر تام بناء على اقتضائه بطلان عقد الشركة بمعنى الاذن لصيرورة التصرف
ح فضوليا فلا ربح نعم هو كذلك مع فرض الاجازة واما الاجرة لكل منهما فلا وجه فيها احترام عمل المسلم واقدام المتبرع
منهما بزعم صحة العقد مع فرض بطلانه فلم يكن متبرعا لكن قد يتوقف في منع الاجرة مع ذلك لا لما لزمه احترام عمل المسلم واقدام
البراءة نعم هو كذلك بالنسبة الى من شرطت الزيادة له باعتبار صيرورته ح كالقراض الفاسد فان العامل يستحق الاجرة
فيه لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فكذا هنا اما من لم يشترط لعمله شيئا فهو في حكم المتبرع على تقديري
الصحة والفساد اللهم الا ان يقال ان الشريك كذلك مع فرض صحة عقد الشركة المقتضي لذلك لا مع فساده اذ هو ح
عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم صحة الشركة فمع بيان فسادها يبقى مضمونا على من وصل اليه وكيف كان فالحال في
اصل المسئلة ان ظاهرهم عدم رجوع احدهم على الآخر باجرة عمله مع حصول عقد الشركة منهما بيان منهم على ان مقتضى
عقد الشركة ذلك بل لعل ظاهرهم ذلك في صورة وقوع العمل من احدهما ايضا وان كان قد يناقش في اصل اقتضاء عقد
الشركة بناء على شدته بالمعنى المزبور ذلك على تقدير عدمه فالمتجه ح شمولها لقاعدة احترام عمل المسلم الواقع باذن
من عمل له كما ان المتجه ذلك ايضا لو وقع العمل بزعم صحة عقد الشركة المقتضي لمجانية العمل فمع بيان فساده يتجه
الاجرة للقاعدة المزبورة ايضا اللهم الا ان تكون معارضة بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده مع امكان
منع ذلك هنا بان يقال ان عدم الاجرة في الفرض انما هو لظهور التبرع فيها لا انه من مقتضيات عقد الشركة كي يتجه اتيان
القاعدة نعم ولكن قد عرفت النظر في اصل ثبوت هذا العقد تحقيقا فضلا عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته وربما يؤيد (٢ عندنا م)
قول المص هنا عن الشرط والتصرف كالمحكي عن الشهيدين وثاني المحققين من ان المراد من البطلان هنا بطلان
الاذن لان الشركة العنانية الحاصلة بالمزج مع العقد لا توصف بالصحة والبطلان لعدم امكان وقوعها على وجهين
وان نظر فيه في المسالك تبعا للجامع صرح بان الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه ايكون عقدا لمرتبة الاذن في التصرف توصف
بالصحة والبطلان بل ليس من الشركة في الامر الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يقال من كون الشركة
بمعنى العقد المزبور هي العنانية كما يظهر من ذكره انها مركبة من مزج المالين والعقد لكن لا يخفى بانها اذا لم تكن شركة في احد
الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات و
غاية ما يتكلف انها تطلق على المعنيين معا لكنا في انا فاطر قلت لكن قد عرفت فيما تقدم فساده انه لم يكن اجماعا بالامر عليه

عليه كما انك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه بالصحة والفساد وان صحيحها مقتض للملك على
الاشاعة في نفس الامر بخلاف فاسدها فانها اشاعة في الظاهر لا الواقع فتم جيدا واذا اشترك المال باحد الاسباب السابقة
لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الا مع اذن الباقين لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ومجرد اشتراك المال لا يقتضي ذلك
وان كان بالمزج الاختياري المراد به حصول الشركة فان حصل الاذن نعم لا لاحدهم تصرف هو دون الباقين لحصولها
بالنسبة اليه دونهم ولكن يقتصر من التصرف على ما اذن له فيه فان اطلق له الاذن في التصرف جاز لان الاطلاق في ذلك
غير مناف لعدم الغرر فيه ويتصرف كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح الغالبة المنزل عليها الاطلاق لكن في مع صد
ولك تقييد ذلك بالمصلحة او يكفي فيه عدم المفسدة كالوكيل فيتصرف ح معها ببيع وشراء مرابحة ومساومة وتولية
ومواصلة او قبض واقباض وحوالة واحتيال ورد بالعيب ونحو ذلك نعم يقوى عدم جواز السفر بالمال لما فيه من
الخطر المانع من الحكم بتناول الاذن له فيه بل في مع صد وكذا لا يجوز مكاتبة عبد الشركة ولا اعتاقه على مال ولا تزويجه
ولا المحابات بمال الشركة ولا اقراضه ولا المضاربة ونحو ذلك لان ذلك كله ليس من توابع التجارة الغالبة التي المنزلة
عليها الاطلاق نعم لو اقتضت المصلحة شيئا من ذلك ولم يتيسر استيذان الشريك جاز فعله قلت لا حظ الفقيه
في حصر انواع التصرف المستفاد من الاطلاق جواز فعلا للماذون ضرورة الاختلاف في ذلك زمانا ومكانا واحوالا
انما الكلام في اعتبار المصلحة في الجواز او يكفي فيه عدم المفسدة وجهان لا يخفى ما فيهما من قوة ومما ذكره من جواز فعل
ما لم يتناوله الاطلاق مع اقتضاء المصلحة وعدم تيسر اذن الشريك ضرورة عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الخلاف
ودعوى شموله لها معها منافية لاعتبار عدم تيسر اذن الشريك ضرورة الجواز ح بدونها وان تيسر فالمتجه الحكم
بفضولية كل ما لم يشمله الاطلاق سواء كان في مصلحة او لا الا ما يرجع منه الى حكم الامين من حيث كونه امينا والله العالم
ولو عين له السفر في جهة لم يجز له الاخذ في غيره او نوعا من التجارة لم يتعد الى سواها سواء نهاه عن غيرهما ام لا لان
الاذن كافية في عدم الجواز لكن لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة لعدم بطلان الاذن بذلك اللهم الا ان يفرض
تقييدها به فيكون فضوليا ح كما انه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك ايضا وبعض ايضا لو عين غاية للجهة التي قد اذن
بالسفر اليها فتجاوزها الى تلك الجهة الا ان الظاهر كون الضمان فيها وفيما شابه ذلك انما هو لو تلف بما لم ياذن له فيه او
بغيره مما يضمن به الامانة مع التعدي فيها ولا ينافي ذلك بقاء الاذن في التصرف اما لو خسر مثلا فيما هو ماذون فيه
فلا ضمان على الظاهر للاصل فيه وعلى كل حال فقد ظهر لك انه لو تعدى المتصرف ما حد له ضمن من غير فرق
في التعدي بين ان يكون لعدم تناول اطلاق الاذن او لمخالفة خصوص ما نص عليه دون التحديد بين ان يكون
نوع التجارة ومكانها وزمانها ونحو ذلك كما انه ظهر لك ايضا انه لو اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف
وان انفرد لاطلاق الاذن وعدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم لو شرط الاجتماع لم يجز الانفراد الذي لم يؤذن فيه
ولكل من الشركاء الرجوع في الاذن الذي هو كالتوكيل والمطالبة بالقسمة لانها غير لازمة على وجه يحصل الاستدامة
عليها اذ الناس مسلطون على اموالهم بانواع التسلط الذي منه ازالته عن غيره وفي ذلك جعل ذلك من المص اشارة الى معنى
الشركة فان الثانية التي هي العقد بقوله اولا ولكل الخ والى الاولى التي هي من الاحكام بقوله والمطالبة وهو جيد اذ هو
بعينها ثم قال ولا يشترط في قوله غير لازمة ان يكون اشارة الى الثانية لان الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد
قلت لا يخفى على كل ناظر لكلام المص وغيره ممن ذكر ذلك ان الشركة عنده بالمعنى الذي هو اثبتناه هو ضرورة صراحة كلامهم
في ان ذلك كله من احكام الاذن التي هي ليست من العقود قطعا كالاذن في دخول الدار واكل الطعام بل لو جعلت عقدا فليست

الا وكالة لا شركة نعم بناء على ما ذكرناه من العقدية يراد بجوازها عدم وجوب الاستدامة عليهما وابطالها كونها شركة بالقسمة
كما هو واضح هنا ولكن ينبغي ان يعلم انه بناء على ثبوت عقد الشركة للاذن في التصرف يتجه انفساخه بقول احدهما
فسخت الشركة لانه عقد جائز فيقع العقد حينئذ من اصله بذلك بخلاف ما لو قال احدهما للاخر عزلتك فانها
لا تنفسخ بذلك وان انعزل المعزول بذلك الا ان العازل يبقى على الاذن له في التصرف لاشتمال الشركة على ما هو كالوكالتين
ووقوع العزل من احدهما لا يقتضي العزل من الاخرى ولعله الى ذلك اشار في كره بالفرق بين قول احدهما
فسخت العقد وقوله عزلتك فما وقع من بعضهم من التأمل فاعما عدم الفرق بينهما في غير محله وذلك لوضوح الفرق
باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من اصله بخلاف العزل ونحوه الذي هو كالمانع من اقتضاء العقد اثره وكذا
لو وقع المنع من التصرف لم يحتج الى عقد جديد للشركة بخلاف ما لو فسخه فتم جيدا والله العالم ولو شرط التاجيل في
الشركة لم يصح ان يرجع بالشركة ان شاء لانها عقد جائز فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه نعم في كره يترتب على الشرط
المزبور عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستانف لعدم تناول الاذن له فللشرط الاجل اثر في الجملة قلت كانه
اخذ ذلك مما في لك قال الشيخان الشركة بالتاجيل باطلة والظاهر ان مرادهما ليس البطلان
من راس بل عدم اللزوم ولهذا قال المفيد عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه اي وقت شاء
وقال ابو الصلاح ولا تاثير للتاجيل في عقد الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه اي وقت شاء وان كانت مؤجلة والعبارتان
رديتان والتحقيق ان للتاجيل اثرا وهو منع كل منهما عن التصرف بعده الا باذن مستانف وان لم يكن له مدخل في
الامتناع من الشركة اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل انتهى ولا يخفى عليك ان الامر كما ذكره في اشتراط الاجل وعقد الشركة
الذي هو بمعنى الاذن في التصرف الراجع الى الوكالة اما اذا كان اشتراط في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه فلا
ريب في بطلانه بمعنى عدم الاثر له اصلا ان اريد به الغاية للملك الحاصل بالعقد المزبور ولا يجب الوفاء به ان
اريد به الالتزام ببقائها فيه لما عرفت من الاجماع على كونها عقدا جائزا بالنسبة الى فسخها بالقسمة فلا يلزم الشرط
المزبور فيها ولعل حمل كلام الشيخين وابي الصلاح بل والمصنف على ذلك اولى ولا ينافيه اثبات بطلانه على المعنى الاول
يقتضي بطلان الشركة ايضا فتامل جيدا ولكن لما كان الامتزاج على اي وجه وقع يؤثر الشركة ولو في الظاهر لم يكن
للحكم ببطلانها وجه الا ما سمعته فتم جيدا والله العالم وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انه لا يضمن الشريك
ما تلف من مال الشركة الذي في يده باذن الشريك من غير تعد ولا تفريط لانه امانة ومن المعلوم نصا وفتوى
انها لا تضمن الا مع التعدي او التفريط في الاحتفاظ وانه يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف سواء ادعى سببا ظاهرا
كالغرق والحرق او خفيا كالسرقة لاطلاق الادلة خلافا لبعض العامة فاوجب البينة في الاول وكذا من المعلوم
ايضا بلا خلاف ولا اشكال ان القول قوله مع يمينه لو ادعى عليه الخيانة او التفريط لكونه منكرا والبينة على
المدعي واليمين على من انكر وتبطل الاذن بالجنون والموت والاغماء وغيرها مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر للسفه
او فلس ونحو ذلك بخلاف اصل الشركة فانها لا تبطل بشيء من ذلك نعم ينتقل امر القسمة الى الوارث او الولي او غيرهما
كما هو واضح **الفصل الثاني في القسمة** وهو تمييز الحق لكل شريك من غيره والظاهر انها امر
براسه ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرهما سواء كان فيها رد ام لم يكن بلا خلاف اجده فيه بل ولا اشكال لضرورة
عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما في اللوازم والاحكام
المقتضية لاختلاف الملزومات ومن هنا لا شفعة فيها ولا خيار مجلس ولا بطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه

فيه في البيع ولا غير ذلك خلافا لبعض العامة ثم هي لا تصح في غير قسمة الاجبار الا باتفاق الشركاء بلا خلاف ولا اشكال
للاصل بل الاصول ثم هي بالنسبة الى الاجبار عليها مع طلب احد الشركاء وعدمه تنقسم الى قسمين فكل ما لا ضرر في قسمته على احد
الشركاء ولو من جهة الاحتياج الى رد يجبر الممتنع مع التماس الشريك او وليه للقسمة بلا خلاف اجده فيه ايضا بل الظاهر
الاتفاق عليه ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار ويكون الاقتسام بتعديل
السهام بالاجزاء ان كانت في متساويها كيلا او وزنا او ذرعا او عدا بعدد الانصباء او بالقيمة اذا اختلفت كالارض والحيوان
والقرعة بان يكتب اسماء الشركاء والسهام كل في رقعة وتصان ويؤمر من لم يطلع على الحال باخراج احدها على اسم احد
المتقاسمين او احد السهام هذا ان اتفقت السهام قدرا ولو اختلفت قسم على اقل السهام وجعل لها اول بعينه
بعين المتقاسمين حذرا من التفريق فمن خرج اسمه اولا اخذ من الاول واكمل نصيبه منها على الترتيب ثم يخرج الثاني
ان كانوا اكثر من اثنين وهكذا وبذلك تتم القسمة من غير حاجة الى شيء اخر من رضى بعده وغيره في قسمة الاجبار
وغيرها بل ولا في قسمة الرد اذا كان القاسم في الجميع منصوبا اما اذا كان من غيره ولو منصوبا منهما فالمشهور
على ما قيل الاحتياج الى الرضا بعد القرعة خصوصا في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على
الرضا بذلك وقد يشكل اولا بالاكتفاء بالرضا بالقرعة وثانيا بجريان الاكتفاء بها في قسمة الاجبار وفيما اذا كان
القاسم منصوبا مع اتفاق الجميع كالمعاوضة التي يعتبرها الخصم وثالثا بما تسمعه من نصوص القرعة على كونها
مميزة للحق ومشخصة له وملزمة به بل لعل ذلك هو حكمة مشروعيتها وبذلك يخرج عن اصالة بقاء المال على الاشاعة ٢ ومشخصة م
اما الكلام في اعتبارها في القسمة كما عن ظاهر كثير او الجميع لم عن الاردبيلي الاكتفاء بالرضا من كل من الشركاء باخذ
سهم لعموم تسلط الناس على اموالهم ولانه من التجارة عن تراض واكل مال الغير بطيب نفسه ونحوه قوله ع في رجلين
لم يدر كل منهما كم له عند صاحبه فقال لكل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندي لا باس اذا تراضيا وطابت انفسهما
ثم قال وان لم يكن متفقا عليه ومجوزا للتصرف فيه تصرف الملاك مثل ما قيل في المعاطات والعطايا والهدايا
والتحف ما صار ذلك حراما لكنه لكونه يعتقد باطل على المسلمين على خلافه على الملك وتبعه المحدث البحراني بل اطنب
في انكار الشهود على القرعة في شيء من اخبار القسمة التي ذكرها هنا وفي كتاب القضاء بل ليس المقام في شيء من
موارد نصوص القرعة وانما غاية ما يدل عليه بعض اخبارها كقوله ع ما تنازع قوم ففوضوا امرهم الى الله عز وجل
الا خرج سهم المحق الرجوع اليها عند التنازع واما مع التراضي فلا اثر في الاخبار لاعتبارها وكان الشيخ ومن
تبعه تبع العامة فيها وفيما ذكروه من احكام القسمة بل ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالتقاسم دون قرعة كخبر
غياث عن جعفر عن ابيه عن علي ع في رجلين بينهما مال بايديهما ومنه غائب عنهما اقتسما ما في ايديهما واحال كل
واحد منهما نصيبه فاقتضى احدهما فهو بينهما وما يذهب منهما ومثله خبر الثمالي عن ابي جعفر ع ثم اطنب في ذلك حتى
اساء الادب والقول بالاصحاب وقال انهم تبعوا في ذكر القرعة وغيرها من احكام القسمة بناء على ما حكاه عن
الاصحاب من اعتبار التعديل والقرعة في القسمة وانه لا يكفي التراضي قلت تدقيق بمنع صدق الاقتسام شرعا
بعد فرض اعتبارها فيه على المجرد عنها فلا دلالة حينئذ بما في النصوص المزبورة على ما ذكره خصوصا بعد تعارف القرعة
قديما وحديثا بين المتشرعة في قسمة الاموال المشتركة بل تدقيق كان تعريف القسمة بانها تمييز الحقوق بعضها عن بعض
يقتضي ان حصة الشريك كلي دائر بين مصاديق متعددة فمع فرض تراضي الشريكين مثلا على قسمة المال نصفين
على ان يكون نصف كل واحد منهما في النصف المقسوم احتيج الى القرعة في تشخيص كون النصفين لكل منهما فهو ح لاطلاق

المشتبه[3] المراد من اشاعة الشركة دوران حق الشريك بين مصاديقه لا ان المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كل
جزء يفرض والا لاشكل تحققهما في الجزء الذي لا يتجزى من المال المشترك وبذلك يتجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل
السهام ورضا الشريكين مثلا في تعيين كل مصداق استحقاقهما بالخارج ضرورة كونه ح من مواردها بل لا يتحقق
الانقسام بدونها العدم كون المدار فيه رضاهما بان ماله من الحق فيما هو في يد شريكه عوض ما في يده كي يكون من قبيل
المعاوضات والالزم يعتبرهما تعديل السهام لتسلطنا على اموالها مع ان فائدة ليس من القسمة شرعا قطعا
ولا شكل ايضا قسمة الوقف من الطلق والا كانت بعض اجزاء الوقف طلقا والطلق وقفا على ان هذا الرضا بعد
فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملكة كيف يكون سببا لنقل المال الى الاخر فضلا عن لزومه وليس في القسمة
عموم او اطلاق يقتضي ذلك كي تكون ح امرا مستقلا برأسها بخلافه على ما ذكرنا فانه غير محتاج الى شيء من ذلك
ضرورة الاكتفاء برضاهما في تشخيص المصداق والقرعة لاستخراج خصوص ما كان منهما من المصداق واقعا
فتكشف ح عن كونه حقه في الواقع ذلك ولا يحتاج بعدا لى عموم او عقد اخر يقتضي الملك او اللزوم نعم جيدا
فانه دقيق نافع ومع الاغماض عن ذلك كله يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الاصحاب على اعتبار القرعة في القسمة شرعا
مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشرعة فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة
ولا اقل من ان تكون القرعة كالعقد في اللزوم ومفادها كالمعاطات نحو ما سمعته من الاردبيلي واما احتمال عدم
اعتبارها اصلا وان التراضي كاف في الانعقاد واللزوم فلا ينبغي الاصغاء اليه بوجه من الوجوه هذا كله بناء على
ما حكاه عنهم والا فقد يقال ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي لا انها العدل بينهما اما مع فرض التراضي
فلا باس كما يومي اليه قول المص اما لو اراد احد الشركاء التخيير في القسمة جائزة لكن لا يجبر الممتنع فتأمل ضرورة
صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدون تفاوت الرد بينها وبين الاولى في جبر الممتنع عليها دونها واصرح منها ما في
اللمعة في القسمة في القضاء واذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص كل واحد بسهم لزم والا اقرع وفي ضمنه
في شرطها لزم من غير قرعة لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها والا
يتفقا على الاختصاص اقرع وهو صريح في عدم اعتبارها فاصل القسمة حال عدم التراضي والمحدث البحراني
قد صرح باعتبار القرعة ح دون مع التراضي وهو عين ما سمعته منهم فما ادري اين محل انكاره نعم قد بينا تحقيق
في اصل الاكتفاء بالرضا في اللزوم بما ذكرناه اولا وتسمع انشاء الله تمام البحث في ذلك وغيره في كتاب القضاء وانشاء الله
بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه وحاصل البحث فيه انك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كل ما لا ضرر فيها على احدهما
لما سمعت وكل ما في قسمته ضرر عليهما كالجوهر والسيف والعضائد قال في الصحاح اعضاد كل شيء ما
يشيد حواليه من البناء وغيره كاعضاد الحوض وهي حجارة تنصب حول شفيره وكذلك عضادتا الباب وهما خشبتاه
من جانبيه وعلى كل حال فان نحو ذلك لا يجوز قسمتهما بمعنى انه لا يجبر الممتنع عنها لقاعدة نفي الضرر
والضرار والنهي عن السرف والتبذير وتلف المال في غير الغرض الصحيح لكن في المتن هنا لا يجوز ولو اتفق الشركاء على
القسمة ومقتضاه عدم المشروعية اصلا وفيه انه مناف لقاعدة تسلط الناس على اموالهم والسفه والتبذير يرتفع بالغرض
الصحيح على انه في كتاب القضاء قد ذكر المانع من القسمة بنقص القيمة لا خروج المال عن الانتفاع ولا ريب في عدم
منع المالك من التصرف فيه وان استلزم نقصا فاحشا في المال والغاية فالاولى بذلك لا ينافي صحة القسمة شرعا كما انه لا ينافي ذلك
مع انه مناف لما قيل من وجوب الاجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على احدهما خاصة وكان الطالب لها المتضرر قال في نحو ولو تضرر

[3] وهو محل القرعة لان القرعة
انما هي لجزء ناقل لاستحقاق
كل من المالكين الى الاخر ان
لم يكن اجماع امكن القول
بان صح

ولو تضرر احد الشريكين دون الاخر اجبر الممتنع وطلب الاخر دون العكس لكن قال في ط لا يجبر احدهما بتضرر
الطالب وهذا احسن ان فسر الضرر بعدم الانتفاع وان فسر بنقص القيمة فالاول احسن وكانه لحظ امكان
فرض الغرض الدافع للسفه على تقدير التعيين بالنقص بخلافه على الاخر ثم ان الظ ما صرح به في س والكفاية من عدم
وجوب الاجابة الى المهايات اي قسمة المنفعة بالاجزاء او بالزمان بل في الايضاح كانه مما يقطع فيه اجبارا لما لا
وانه لا يلزم او مادتها لو اجاب اليها فيجوز لكل منهما فسخها وح فلو استوفى احدهما ففسخ الاخر او هرب كان عليه اجرة حصة
الشريك لكن قال في س فيما اذا كانت قسمته ممتنعة انه يبيعه الحاكم منهما مع التعاسر ويوجر عليهما ان كان له اجرة
جمعا بين الحقين وصونا للمال عن التلف وجبرا للضرر كما صرح به في س وعلى كل حال فقد ذكروا في الضرر
المانع من الاجبار على القسمة امورا ثلثة اولها انه عبارة عن نقصان العين او القيمة نقصا لا يتسامح فيه
عادة لان فوات المالية مناط الضرر فالامر الغير دمج ح في قاعدة لا ضرر ولا ضرار مؤيدة باصالة عدم القسمة
الشرعية المستلزم منعها رضا اطلاق او عموم يقتضيها وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه
الطالب له ثانيها انه عبارة عن عدم الانتفاع اصلا ثالثها عدم الانتفاع به منفردا كما ينتفع به مع الشركة مثل ان
يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت اصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به في السكنى وان امكن الانتفاع به
في غير ذلك ولا يخفى عليك ما في الثاني والثالث ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الاول منها وقاعدة
وجوب ايصال الحق الى مستحقه الطالب له منافيا في ثانيها فتعين ح تفسيره بالاول ولو فرض الضرر[2] الناشي من
القسمة من حيث كونها كذلك اما الضرر الخارج عنها المترتب على حصولها فهو شيء اخر للضرر هنا وعدمه وجهان نحو المتولي
للجبر في مقامه الحاكم او امينه بل الظ قيام العدول هنا مقامه مع تعذره ولو تعذر الجبر قسم الحاكم بل لعل ذلك كله
بمجرد امتناعه كما ذكرناه في نظائره بل الظ قيام الحاكم مقامه مع غيبته وطلب الشريك القسمة خصوصا مع تضرر
بعدمها بل ربما احتمل او قيل بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له وارادة تقرير حقه بنحو الترجيح
القسمة مع الغاصب وتكون قسمة لكنه كما ترى وقد تقدم لنا سابقا البحث في ذلك وكيف كان فلا يقسم الوقف
وان كان مشتركا بين اربابه بلا خلاف اجده فيه لان الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين ولا ولاية للمتولي على ذلك نعم
لو كان الملك الواحد وقفا صح قسمته لانه تمييز للوقف من غيره وظاهره عدم الفرق في ذلك بين تعدد الواقف
واتحاده وتعدد المصرف واتحاده كما صرح به في س قال ويجوز قسمة الوقف من الطلق لا الوقف وان تعدد
الواقف والمصرف لكن في جامع المقاصد على ذلك مع اتحاد الموقوف عليه سواء تعدد الواقف او اتحد قال
واما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت الدار مشتركة بين زيد وعمر نصفين مثلا فوقف زيد نصفه على
ذريته وعمر نصفه على ذريته فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف باذ بينا اصل التصفين عن
الاخر كما يتميز الوقف عن الطلق وفيه ان المانع ايضا متحقق وهو عدم انحصار الحق في الحاضرين وعدم ثبوت
ولاية المتولي على المعدومين بالنسبة الى ذلك لكن الانصاف ان ذلك يقتضي عدم جواز قسمة الوقف من الطلق
باعتبار عدم انحصار الحق في المتقاسمين مع ذي الطلق واحتمال ان القاسم معه الواقف مع ان مثله يأتي في
الفرض بدفعه خروجه المال عن ملكه بالوقف فلا حق له ح كما لو باعه فالتحقيق ان الوقف متى كانت قسمته منافية
لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلة وكثرة ونحو ذلك لم يجز قسمته اما اذا لم يكن كذلك كما في المثال بل
وفيما لو اتحد الواقف وتعدد المصرف مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلا وذريته والاخر على عمر وذريته لم يكن باس

[2] على احدهما بالقسمة والاخر بعدمها فرجع
الى الترجيح ومع فرض التساوي الى القرعة
هذا لك في الضرر م

في قسمة الا ان المتولي لها الحاضرون من الموقوف عليهم وولي البطون ولم يكن ذلك مقتضيا لدخول بعض اجزاء كل النصف
في الاخر الا لا تقتضي ذلك في الطلق والوقف وانما هو تمييز اذا ان نحو ذلك لا يقتضيها وبذلك يظهر ما في الذي حكيناه
عن الشهيد في س واما اطلاق المصنف ومع فيمكن تنزيله على غير ما سمعته من الصورة ثم ان الظاهر مشروعية قسمة
الوقف عن الطلق وان استلزمت رد من الموقوف عليه لكن هل تكون الاجزاء المقابلة للرد وقفا او ملكا وجهان اقواهما
الثاني نعم لو كان الرد عوض وصف كالجودة والمساواة اتجه كونه ح وقفا والله العالم ويأتي تمام الكلام في غير ذلك
من احكام القسمة بان المصنف وغيره ما طلبنا فيها في كتاب القضاء والله المؤيد المسدد **الفصل الثالث**
في لواحق هذا الباب وفيه مسائل الاولى لو دفع انسان دابة وآخر راوية الى سقاء على الاشتراك في الحاصل ٣ مسئلة
لم تنعقد الشركة قطعا لانها مركبة من شركة الابدان والاموال مع عدم المزج ما لا كل باطل في محكي ط والغنية ان يكون
اجارة لان الاجرة فيها غير معلومة فكان ما يحصل ح للسقاء وعليه مثل اجرة الدابة والراوية وقيل انهم يقتسمون
اثلاثا ويكون لكل واحد منهم على صاحبه ثلثا اجرة ماله ويسقط الثلث لان ثلث النفع حصل له والوجهان قريبان
ويكون الاول على وجه الصلح والثاني من الحكم بل عن ابن ادريس انه مذهب الشيخ قلت تحقيق هذه المسئلة
ومسئلة الاحتطاب الاتية وما شابههما من المسائل مبني على التحقيق في ان الوكالة في حيازة المباحات جائزة
او لا الظاهر الاول حتى قال انا سمعه من المصنف في كتاب الوكالة ومن ان التملك بالحيازة مفتقر الى نية الملك فيها
او الى عدم نية عدم الملك او كونه للغير كما تسمع البحث فيه انشاء الله وح فصاحب الراوية والدابة ان كانا قد وكلا السقاء
في الحيازة لهما وقد نواه بذلك وقد حازه بينهما مع نفسه اتجه ح شركة الجميع بالماء وكان لكل منهم ثلثا الاجرة على
الاخرين فان تساويا لم يرجع احدهم على الاخر بشيء والا رجع بالتفاوت وان لم يكن ثم توكيل وقد حازه بنية الجميع
ولم نقل بجريان الفضولية في نحو ذلك او لم تحصل الاجازة اشكل ملكه لرابية بنية على اعتبار نية الملك في الحيازة ضرورة
كون الفرض نية الملك للغير معه فضلا عن نية التملك بل ح بقائه على الاباحة الاصلية يملكه اذا جدد النية لملكه نعم
لو قلنا بالملك بها قهرا حتى مع نية الملك للغير اتجه ح فرضها له كونه ملكا له ومن ذلك يظهر لك ما في اطلاق المصنف
الذي تبعه عليه الفاضل في عد خصوصا مع تردده الاتي ولذا ناقشه الكركي بنحو ذلك بل منه يظهر لك الحال
فيما ذكره المصنف ولو دفع اليه دابة مثلا ليحمل عليها ما يحتمله مثلا بالاجرة والحاصل لهما فان الشركة باطلة قطعا لما عرفت
لكن ان كان العامل نوى اجرة الدابة فالاجرة لهما وعليه اجرة مثل العامل فان كان الحاصل بقدر اجرة مثل الدابة والعامل
فذاك وان قصر تحاصا كل على قدر اجرة مثله سواء كان ذلك بسؤال العامل او سؤال المالك او سؤالهما وفي عد تحاصا
ان كان بسؤال العامل فالاجرة الجميع للعامل وعن الشهيد احتمال وجوب اقل الامرين من الحصة المشروطة والحاصلة بالتمام
ووجوب الاقل ان كان بسؤال العامل والاكثر ان كان المالك لكن لا يخفى عليك قوة ما ذكرناه اولا لان الفرض حصول ٢ بسؤاله
التملك لهما معا بذلك سواء كان بسؤال العامل او المالك او بسؤالهما معا نعم قد يشكل الحكم بان الاجرة لمالك
الدابة مع انه لم يصدر منه الا الاذن بتلك المعاملة الفاسدة فينبغي ح ان تكون اجارة مقام الفضولي اللهم
الا ان يكتفي بالاكتفاء بمثله الاذن كما تسمع نظيره في القراض هذا كله فالاجرة الدابة اما اذا تقبل حمل شيء في ذمته
ثم استعمل الدابة فيه بالاجرة المسماة ح له وعليه اجرة المثل للدابة بالغة ما بلغت كما في عد وجامع مد فتم فانه
دقيق قد يجري بعض الكلام السابق او جميعه هنا والله العالم ولو كان من واحد دكان ومن الاخر رحى ومن ثالث
بغل ومن رابع عمل على ان يكون الحاصل بينهم فلا ريب في بطلان الشركة ثم ان كانوا تعاقدوا اجرة طحن الطعام من واحد ولم يذكر

ولم يذكر اصحابه حتى في النية فمن عدا الجامع الاجر المسمى له وعليه اجرة المثل لاصحابه وان نواهم وقصدهم على وجه التزموا
بطحنه ارباعا فان الاجر بينهم ارباعا ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من اصحابه بربع اجر مثله اذ هو كما لو استاجر الجميع على
طحن هذا الطعام بكذا فان الاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الاجرة ويرجع كل واحد منهم على كل واحد
بربع اجرة مثل العمل الصادر منه او من دابته او منفعة دكانه نعم لو استاجر الدكان والبغل والرحى بكذا للطحن كذا فالاجر
بينهم على قدر اجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته نحو لو باع المثليات مثلا رجلين بثمن واحد لكن لا يخفى عليك جريان
ما ذكرناه سابقا من الفضولية بل وجريان بعض الكلام السابق من التحاص في المسمى ويأتي الان تفصيل الكلام في ذلك
يحتاج الى اطناب تام لا يسعه المقام وان كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامة المحيط بما اسلفنا وما يأتي لنا
والله الموفق والمعين بل منه يظهر لك الحال فيما ذكره المصنف في المسئلة الثانية وهي ما لو حاز شخص مباحا اذا احتطب
او احتش بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان ما جمعه له خاصة ضرورة انك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل
بل والاجازة في عدم تاثير النية والا كان تاثيرها الملك للغير ويمكن ان يكون المصنف بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل
ذلك الوكالة نعم جزمه بان ملكه لما جمعه مبني على ما سمعت ومن الغريب ذلك منه مع قوله متصلا به وهل يفتقر
المحيز في ملك المباح الى نية التملك قيل لا وفيه تردد ونحوه وقع للفاضل في عد اللهم الا ان يريد المعتبر في الحيازة
من النية على القول بها نية اصل الملك بمعنى عدم كون الحيازة لغرض اخر غير اصل الملك ولا ريب في ان نية اصل
الملك محققة فيما نحن فيه وانما فقد قوته له باعتبار فرض كون القصد له ولغيره فلا ينافي ح الجزم بالملك التردد في
اعتبار النية ضرورة كون المجوز له على التقديرين اما على القول بكونها السبب القهري حتى مع النية للغير فواضح واما
على الثاني فالنية لاصل الملك محققة وانه لم يقع للغير لعدم التوكيل والاجازة وكيف كان فقد قيل في وجه التردد
من ان اليد والسلطنة سبب في الملك ولهذا نحكم به بمجرد اليد من دون توقف على امر اخر ولان الحيازة
سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعا بالاتفاق لان اقصى ما يقول المشترط للنية انها سبب ناقص فحصول
الملك بها في الجملة امر محقق واشتراط النية لا دليل عليه فينفي بالاصل ومعارضته ذلك باصالة عدم حصول الملك
للمباح الا بالنية تقتضي تساقطهما فيبقى سببية اليد من غير معارض ومن انه قد تكرر في فتوى الاصحاب ان ما يوجد في
جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ولا يجب دفعه الى البائع وايد الاول في جامع مد بانه لو اشترطت
في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والثاني معلوم البطلان لاطباق الناس على فعله في كل عصر من
غير توقف على العلم بحصول النية حتى لو تبايعا كون العقد الواقع بينهما هو بيع او استنقاذ لعدم نية
الملك لا يلتفت الى قول من يدعي الاستنقاذ ثم حكى عن فخر المحققين انه اورد ذلك على والده العلامة
فاجاب عنه بان ارادة البيع تستلزم نية التملك واعترضه بانه انما يتم فيمن تولى هو البيع اما اذا تولاه
وارثه الذي لا يعلم بالحال او وكيله المفوض اليه جميع اموره التي منها بيع ما حازه من المباحات لم يندفع السؤال
قال ويرد عليه ايضا ان حيازة الصبي والمجنون على ما ذكره يجب ان لا تثمر ملكا جزما لعدم النية
وعدم الاعتداد باختيارهما خصوصا المجنون ولو حاز ميت تركة فيما علم سبق كونه مباح الاصل ولم يعلم
نية التملك لا يجب على الوارث تسليمها في الدين والوصية والاصح عدم اشتراطها قلت لا يخفى عليك ما في جميع
هذا الكلام ضرورة ان الوجه الاول من التردد ان اريد به السلطنة واليد فمن فيه سبب في الملك كان
مصادرة محضة وان اريد به ان ذلك سبب في الحكم بالملك كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل كان خروجا عما نحن فيه

صلين
وذلك لان الحكم بملكية ما في اليد لسبب من اسبابها لا يقتضي كونها هو نفسها سببا وهو محل البحث وتعارضها لا
تعدد تسليم كون الاول منهما اصلا معتدا به وان اقتضيتنا فتلها لكن دعوى بقاء سببية اليد حالها لا معارض
لها واضحة الفساد لعدم دليل على وجه يجدى فيما نحن فيه واما الوجه الثاني فيمكن المناقشة فيه اولا
بمنع انه ما في بطن السمكة مما لا يتجزأ لها ولا كالجزء مثل غداتها بعد محوز الحيازتها ولو سلم فاقصى ما
يلزم اشتراطه اما القصد الى المحوز بالحيازة او الشعور ولو تبعا اما نية التملك فلا واما التأييد ففيه
ان اطباق الناس الذي ذكره انما يفيد الحكم بملكية ما في اليد لحصول سببه لا انه يقتضي كونها سببا في
الملك وان علمنا بتجرده عن النية ومنه يعلم ما في منا قشته بل لو خلف حيث توكيه اليد بل وبما ذكره من
الصبي والمجنون باعتبار امكان الحكم بملكية ما في ايديهما ايضا من غير حاجة الى اخبارهما والمراد بنية
التملك عند القائل بها هو القصد بالحيازة دخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفية [٣] سببهما الملك
الشرعي بل تدقيق ان المباحات هي ملك لكافة الناس لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض والحائز بحيازته
يسبق الى الخصوصية نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكوة المملوكة جنسا لجنس الفقراء وح فالمراد
بها قصد النية غير المقصود بالحيازة للادخال تحت الحوزة والسلطنة كمن حول ترابا من طريق او حجرا
ونحو ذلك مريدا لتمكن من عبوره او قطع غصن شجرة مباحة عن مكان يريد التمكن فيه ونحو ذلك مما
لا يريد ادخاله تحت حوزته فانه بذلك لا يدخل في ملكه ولا يمنع من اخذه ولا يخرج عن اصل الاباحة وكذا
من حفر بئرا في المباح لمجرد الارتفاق كما عن الشيخ المحكي عند اعتبار النية قال ـــــ في باب احياء الموات
من ط اذا نزل قوم موضعا من الموات فحفروا فيه بئرا ليشربوا منها وليسقوا غنمهم ومواشيهم
منها مدة مقامهم ولم يقصدوا الملك بالاحياء فانهم لا يملكونها بالاحياء لان المحيى انما يملك بالاحياء
اذا قصد تملكه وهو كالصريح فيما ذكرناه من نية التملك بل يمكن من ذلك ان يكون النزاع لفظيا فان
القائل بعدم اعتبارها انما يريد الاكتفاء بقصد الحيازة وادخال المحوز تحت الحوزة والسلطنة العرفية
لا انه يقول بالملك قهرا كالارث وان لم يقصد بالحيازة ذلك ضرورة عدم كون ذلك حيازة عند التحقيق
وبالتامل فيما ذكرناه يظهر لك ما ذكرناه في كلام جملة من الاعيان منهم الكركي وغيره بل لو قلنا بعدم لفظية
النزاع كان وجه التردد في المتن وغيره دعوى ظهور قولهم من احيى ارضا ميتة فهي له الذي هو كالقول بان
من حاز شيئا فهو له في الملكية قهرا وانه من باب الاسباب فلا تعتبر النية ومن كون المراد بذلك القصد بالاحياء
والحيازة الى دخول المحوز تحت الحوزة والسلطنة بل لا يعقل غيره فاعتبرت النية بهذا المعنى ولعل الاقوى
ذلك كما ان الاقوى عدم اعتبارها اذا ريد بها النية قصدا التملك الذي يمكن دعوى الشرع بل الضرورة على
خلافه وربما يأتي لذلك مزيد تحقيق في محله ان شاء الله فانا بحثنا عن ذلك انما كان استطرادا والله العالم المؤيد
المسئلة الثالثة لو كان بينهما مال بالسوية فاذن احدهما خاصة لصاحبه في التصرف بالمال المشترك على ان
الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا لانه لا شركة للعامل في مكسب مال الآخر وهو حقيقة القراض اذ المفروض كون
المال بينهما نصفين فنصف الربح الذي يستحقه انما هو لكونه شريكا في المال ولا شيء له من ربح مال الآذن على ذلك
في مال الآخر كي يكون قراضا ولا شركة اصطلاحية وان حصل الامتزاج في المال لعدم كون العمل منهما بل لا يكون المال
في يد العامل الا بضاعة وذلك لان حصة الشريك ما لم يبعث للتجارة في يد وكيل قاله في الصحاح البضاعة طائفة

طائفة من المال تبعثها للتجارة تقول ابضعته واستبضعته اي جعلته بضاعة وفي المثل كمستبضع تمر الى هجر ونحو
ذلك صرح فيه لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة وقد عرفت البحث فيه سابقا كما انه عرف
الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين والله العالم المسئلة الرابعة اذا اشترى احد
الشريكين فادعى الشريك انه اشتراه لهما فانكر فلا اشكال ولا خلاف في ان القول قول المشتري مع يمينه لانه ابصر
بنيته وكذا لو ادعى انه اشتراه لهما فانكر الشريك فان القول ايضا قوله بيمينه لمثل ما قلناه من كونه ابصر بنيته
لعدم فرض كونه امينا بل لو ادعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة مثلا امكن تقديم قوله لان الاختلاف
في فعله ولان ظاهر يده يقتضي الملك نعم لو قال ـــــ كان مال الشركة وخلص لي بالقسمة كان القول قول
الآخر في انكار القسمة بيمينه كما هو واضح المسئلة الخامسة لو باع احد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في البيع
والقبض للثمن عن صاحبه فادعى المشتري تسليم الثمن الى البائع الذي هو الوكيل وصدقه الشريك الموكل
برئ المشتري من حصته قطعا لاعترافه بالوصول الى وكيله على القبض وهو الشريك البائع بل لو وقعت الدعوى
بين المشتري والبائع قبلت شهادته اي الشريك المصدق اذا كان عدلا على القابض في النصف الآخر الراجع اليه
وهو حصة البائع لارتفاع التهمة بجر النفع اليه عنه في ذلك القدر لكن اذا كانت شهادته انه اداها
هو بوصول حصته اليه اما اذا كانت بوصول جميع الثمن اليه والفرض عدم قبولها فيما يرجع اليه لكونه متهما فيه بجر
النفع اليه في ذلك امكن عدم قبولها ايضا في حق البائع بناء على ان الشهادة متى ردت في البعض ردت في
غيره وان كان لنا فيه نظر بل ظاهر الفاضل في قواعد القبول بل لعله ظاهر المتن هنا ايضا لولا قوله فيما يأتي ولو منع
في المسئلتين اشبه نعم لو تقدمت خصومة الشريك مع شريكه البائع على الخصومة بينه وبين المشتري امكن ردها
للخصومة ح بناء على قدحها في الشهادة وبهذا يظهر لك ان هنا خصومتين احدهما بين البائع والمشتري والثانية
بين الشريكين فان تقدمت الاولى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى الاداء واقام البينة ولو كان
احد اجزائها الشريك المدعي على الوجه الذي عرفت برئ من الحقين بالاقرار والبينة وان لم يكن له بينة حلف البائع
انه لم يقبض فيستحق اخذ نصيبه ولا يشاركه فيه الآذن لان اقراره بقبض البائع اولا يقتضي ان يكون ما قبضه ثانيا
بيمينه ظلما فان نكل عن اليمين ردت على المشتري فاذا حلفها انه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة فان نكل الزم
بنصيب البائع فقط لاصالة بقاء الثمن في ذمته كما هو واضح ثم ان كان المشتري قد اقام البينة باقباض البائع
جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصته قطعا اما اذا كان ذلك بالشاهد واليمين او باليمين المردودة فلا وان قلنا
انها كالبينة لانها كذلك في حق المتخاصمين فيما تخاصما فيه لا مطلقا نعم للشريك ح احلاف البائع على عدم قبض حصته
فان نكل حلف الآذن اليمين المردودة واخذ منه وليس للبائع الرجوع بذلك على المشتري ولا مخاصمة لانه يزعمه
ظالم وربما نوقش بان ذلك لا يسقط حق الدعوى لانه كان وكيلا عن الشريك في القبض وقد غرم للموكل حصته
ويدفعها ان اعتراف الشريك بقبض البائع يقتضي انعزاله بعد تعلق الوكالة بل يقتضي سقوط حق الدعوى
له على المشتري وفي جامع المقاصد انه يمكن ان ينظر لو صادق وصدقه البائع فادعى عن المشتري باتمام الحكم فله الرجوع
ويجاب بان ذلك انما هو مع تحقق الدين وهنا قد برئ المشتري منه باقرار الآذن ويمكن ان يقال ان اقراره انما ينفذ في حقه
لا في حق البائع ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزما ليكون متوقفا على شرط انما نجوز له المخاصمة والطلب على تقدير ثبوت
فلنتبعه ما لا يخفى من عدم الحق للبائع بعد اعترافه انه صاحب الحق ان الاحق للبائع على المشتري فكيف تتصور بحق بعد تصادق صاحبه لسقوطه

٣ نسبتهما صح

ثم لا يخفى ان له المقاصة مع امكانها من غير فرق بين هذا الحق وغيره فتم جيداً ثم اعلم ان نكول البايع في خصومة المشتري لا
يمنع من حلفه في خصومة الشريك لانها خصومة اخرى وبالعكس وقد عرفت ان اليمين المردودة كالاقرار او كالبينة
في حق المتخاصمين لا مطلقاً ولو انقطعت خصومة البايع مع المشتري اما اذا انقطعت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت
من ان شهادة الشريك حجة على البايع في الخصومة مع المشتري لشكل قبولها بما عرفت واما المشتري فعلى كل حال لا تقبل شهادته
ولعل المصنف لم يتعرض للفرق بين الصورتين نظراً الى عدم وجود كثير فرق او الى عدم قبولها على التقديرين لما عرفت هذا
كله فيما لو ادعى المشتري التسليم الى البايع اما لو ادعى تسليمه الى الشريك الاذن فصدقه البايع وكان قد اذن له في ذلك فالحكم
كما عرفت نعم اذا لم يكن ماذوناً من البايع لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن لان حصة البايع لم تسلم اليه ولا الى وكيله والفرض
ان الشريك ينكر فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف ادى المشتري جميع الثمن ولكن قيل تقبل شهادة البايع هنا على الشريك
في وصول حقه اليه كما قبلت شهادة الشريك عليه في المسئلة السابقة لعدم التهمة باعتبار بقاء حقه عند المشتري وفيه ان
التهمة هنا باعتبار ارادة استقلاله بما يأخذه من المشتري اذ الشريك لحصته يشاركه فيما يأخذه منه لكون الثمن مشتركا
بينهما ومن هنا قال المصنف المنع في المسئلتين اشبه باصول المذهب وقواعده وان كنت قد عرفت تفصيل
الحال في المسئلة نعم لو فرض انه قد ادعاها هنا من هذه الجهة ببراءة البايع ونحو ذلك الجهة المتولدة مما ذكرنا لك سابقا
فطولك الوجه هنا في الخصومتين بل الحكم توجه اليمين هنا على الشريك مرتين احدهما للمشتري بانه لم يقبض منه شيئاً والثانية
اذا اراد الشركة مع البايع فيما اخذه من المشتري لانه يدعي عليه وصول حقه اليه ولا يسقط هذا اليمين عنه باليمين
في خصومته مع المشتري التي هي خصومة اخرى ولا يرجع البايع على المشتري بما اخذه منه الشريك لاعترافه بكونه ظالماً له فيه كما
هو واضح المسئلة السادسة لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد مع تفاوت
قيمتهما قيل يصح البيع ويكون الثمن مشتركا بينهما على نسبة قيمة ماليهما للاصل التام عن معارضة الجهالة بالثمن لعدم
الدليل على اعتبار العلم ازيد من ذلك وهو العلم بمجموع الثمن وتحصل تمام الاجزاء فيكون ح مقابلة بجميع الثمن
لجميع المبيع واستواء نسبة الملاك الى الابعاض وكذا لو اجرا انفسهما صفقة باجرة معينة وقيل يبطل لان الصفقة
تجري مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد مجهولا لكن فيه ما عرفت كما اوضحنا ذلك في كتاب البيع اما لو كان العبدان لهما على الشركة
اذا قال الاصحاب بالبطلان ولا اشكال بل وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة مثلا متساوية القيمة على انفراده فباعهما
صفقة لانقسام الثمن عليهما بالسوية فلا جهالة ح كما هو واضح المسئلة السابعة قد بينا ان شركة الابدان باطلة
فلو عملت واجرا انفسهما مثلا بعنوان الشركة فان تميزت اجرة عمل احدهما عن صاحبه بالتسمية اختص بها ولا يشاركه
الآخر فيها لما عرفت من بطلان عقد الشركة وان اشتبهت كأن لم يسم لاحدهما اجرة مخصوصة قسم حاصلهما على قدر
اجرة مثل عملهما واعطي كل واحد منهما قدر اجرة عمله نحو ما سمعته في بيع المالين المتفاوتين بالقيمة بثمن واحد كما هو واضح
لكن في لك في المسئلة وجهان آخران ذكرهما العلامة احدهما التساوي في الحاصل من غير نظر الى العمل لاصالة عدم زيادة احد
العملين على الآخر وان الاصل مع الاشتراك التساوي ولصدق العمل على كل واحد منهما والاصل عدم زيادة احد عمليهما على
الآخر وان الاصل تابع للعمل ويضعف بمنع كون الاصل في المال مع العمل التساوي والثاني الرجوع الى الصلح لانه به تعيين
يقين البراءة لا في كل ما لعتبه ولا شبهة في انه اولى مع انهما قد اعلنا عليه والا فما اختاره المصنف اعدل من التسوية قلت لا يخفى عليك
ان مفروض المسئلة في المتن لا يأتي فيه الوجوه الثلاثة بل لا يتعين فيه الا الوجه الذي ذكره المصنف وذلك لان صريح العبارة او
كالصريح كون العمل من كل منهما معلوماً الا انه لم يكن باجرة مسماة وانما سميت الاجرة لمجموع العملين بعنوان شركة

الابدان من الاجيرين وهذه ليس فيها بعد فرض صحة الاجارة الا التوزيع على اجرة مثل عملهما نحو بيع المالين المتفاوتين للشخصين
الذي تقدم الكلام فيه سابقا وقد ذكرها العلامة سابقا على هذه المسئلة فقال ولو باعا بثمن واحد او عملا باجرة ما صرح ثبت
الشركة سواء تساوت القيمتان او اختلفتا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة ومفروض العلامة في عد ليس فيه الا وجهين التساوي
بالاجرة والاصح الصلح وهو ما اذا لم يتميز عمل كل منهما قال وما تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل
التساوي والصلح ومراده انه مع تميز العمل يختص بالاجرة ولو مما يخصه من التوزيع اما مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان وكان
الوجه الاول منهما اجتماع الاجيرين معاً في ذلك الحاصل لانه المتضح والاصل عدم زيادة احدهما على الآخر ولان الاصل مع الاشتراك
التساوي ولكن فيه ان الاصل المذكور ح ان زيادة مال الشخص على آخر ونقصانه ومساواته له ليس اصلا اذ لا رجحان لاحدهما
على الآخر بحسب نفس الامر وهذا انما يتحقق في مثل ما اذا اشتركا في سبب التملك كالاقرار لهما بملكية شيء او اوصى لهما او وقف
عليهما فان السبب المملك لهما هو الاقرار والوصية والوقف والاصل عدمها بخلاف ما نحن فيه فان العمل الصادر من احدهما يملكه من
الآخر غير الصادر من الآخر واستواؤهما وتفاوتهما على حد سواء بالنسبة الى النفي بالاصل فلم يترجح الا الصلح كما في كل مالين امتزجا
وجهل قدر كل منهما بل لعل ذلك كذلك حتى لو تميز عمل احدهما وجهل الآخر او تميز بعض كل عمل كل منهما وجهل الباقي وبالجملة متى جهلت
النسبة بين العملين اللهم الا ان يقال ان التساوي هو الارجح منهما فيكون كالاصل لان فضله كالامر العدمي لكن لنا في ذلك نظر
ذكرناه في محله وعلى كل حال فهو غير موضوع ما ذكره المصنف من العمل المتميز والله العالم المسئلة الثامنة اذا باع الشريكان مثلا
سلعة بينهما صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئاً ولو بقبضه انه له شاركه الآخر فيه كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً
وذلك لان كل جزء جزء منه مشاع بينهما اذ ما في الذمة انما يخالف الشخص الخارجي في الكلية والجزئية اما الاشاعة فيهما على حد
سواء فيها في المرسل عن ابي حمزة قال سئل ابو جعفر ع عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي
بايديهما واحال كل منهما بنصيبه من الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الآخر قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله
ومثله خبر غياث عن جعفر عن ابيه عن علي ع الا انه قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما وكذا خبر محمد بن مسلم
عن احدهما ع ومعوية بن عمار في خبر عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع سئل عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين
فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما الدين او بعضه وخرج الذي للآخر ايرده على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله
لكن هذه النصوص بل والمتن وما شابهه مشتملة على الجزم بالشركة وما ذاك الا لحصول الاذن من الشريك بالقبض ولو لزوم القسمة
الفاسدة ونحوها وح يتجه الجزم بشركة المقبوض انما الكلام فيما اذا قبض احد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه وقد
ذكر جماعة من الاصحاب بل نسب الى الحكم ان للشريك مشاركة الآخر فيما قبض وله مطالبة الغريم ويكون مضمونا عليه على التقديرين
والجميع كما ترى لا ينطبق على قواعد الشرعية وذلك لانه ان اتجهت الشركة مع اجازة القبض لما بناء على تأثير مثل هذه الاجازة
في مثله لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا وجه له بل المتجه بقاء ملك الدافع فتلك لا ان القابض ليس له الا نصف
المال المشاع بينه وبين شريكه ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة ونية الدافع انه مقدار حصة
القابض لا ينفع في ذلك وان وافقهما نية القابض بل ولو رضي الشريك بكون ذلك حصة للقابض وما بقي في ذمة الغريم حصته
لم يجد لعدم صحة مثل هذه القسمة ودعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه فان حصل تمت والا رجع على القابض وشاركه
فيما قبضه تحكم بلا دليل بل هو مخالف للمعروف من عدم صحة قسمة الدين والمعلوم انه مع عدم اجازة القبض على وجه
يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك فكيف يعود اليه بعد عدم القبض وح فان لم يكن ثمة اجماع اشكل الحكم بملك القابض
جميع ما قبضه بعدم الاجازة بل ولا بعضه اللهم الا ان يقال انه برضا الشريك يكون المقبوض حصة للقابض جميع ما قبضه

ثم بعقد امر حصة فيكون قدر الحصة في يد
القابض كقبض الفضولي ان اجازه ملكه
وتبعه النماء وان رده ملكه القابض ثم

يتمحض المقبوض مالا للشركة بل هو في الحقيقة اجارة لذلك ثم جعل حصته له لا بقيمة الا بقبض الشريك مقابله فمع فرض عدمه يبقى لك
المال المقبوض على الشركة فله الرجوع عليه واخذ نصيبه منه ان لم يدخل في ملك القابض وذلك الرضا الذي وقع من الشريك انما يكون
ما قبضه حصته له لا يفيده تمليكا مع احتماله لكن على جهة التنزل الا ان الاقوى خلافه وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ضعف ما
عن ابن ادريس من اختصاص كل من الشريك بما يستوفيه من حقه ولا يلحقه الاخر به لان اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين
حق واحد في معين ولان لكل واحد ان يبرئ الغريم من حقه ويصالح منه على شيء على وجه اذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه ولانه متعلق
الشركة بينهما هو العين وقد ذهبت ولم يبق لهما الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما نصيبه لم يكن قد اخذ عينا من اعيان الشركة فله
لشاركه الاخر فيما اخذ ولان ما في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك او وكيله والمدفوع ليس منه وذلك لان الشريك لم يقبض
الا لنفسه ولانه ان وجب الاداء بالمطالبة ~~بحصة الشريك~~ بحقه وجب ان لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق
بالاتفاق فالتالي مثله وذلك لان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها لاستحالة التكليف
بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك ودفعها لكن ان لا يكون للشريك الاخر فيها حق ولانه لو كان للشريك
في المدفوع حق لزم [illegible] وهو تسلط الشخص على تصرف مال غيره بغير اذنه ولانه لو كان كذلك لوجب ان يبرأ الغريم من مقدار
حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه لكن التالي باطل عندهم لكونهم يحكمون بانه يجوز للاخذ
من اعطائها شيئا ولانه لو نهاه الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب ان لا يكون للشريك فيها حق والا امتنع
اخذ حقه بمنع الشريك اياه من القبض ولان المقبوض اما ان يكون مال الاشتراك او لا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه
ان يتلف منهما كسائر اموال الشركة وتبرأ ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وقد مال الى ذلك في جامع صد ولا يخفى
ان بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمتانة والروايات لا تقاومها ومع انها قابلة للتأويل لمختار ابن ادريس فقوى متينة
كما اعترف به المص في المختلف وان كان الوقوف مع المشهور وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين الا ان الجميع كما ترى بعد التام الجيد
فيما ذكرنا مع قطع النظر عن النصوص اذ الاول مصادرة محضة خصوصا بعد ما عرفت من تحقق الاشاعة في العين كلية
كانت او شخصية وابراء احدهما الغريم او الصلح معه انما يمضي في الباقي للشريك الاخر فان الابراء يتعلق بالمشاع على الاشاعة
وكذا الصلح مع فرض حصولهما وعدم تصور ملك الشخص على الاشاعة نفسه ليتمحض الباقي للشريك الاخر وقد ذكر [illegible]
لا منافاة [illegible] كل منهما بما يأخذه اذا اراد الا انه خروج عن موضوع المسألة والثالث ايضا مصادرة محضة كما عرفت والرابع
مبني على ملك الشريك لما قبضه الاخر قهرا والقائل لا يلتزم به بل يشترطه بالاجازة على الوجه الذي سمعت والخامس بعد تسليم
ان له المطالبة منفردا ووجوب الاداء له لا يقتضي ما ذكره الخصم بل يمكن ان يكون ولو بالجمع مع شريكه او بتعيين حقه باحد
الوجوه المعينة له من صاحبه بصلح ونحوه والسادس قد عرفت توقف الحق على الاجازة فلا جهة قبح فيه والسابع مع الاجازة
لا اشكال في البراءة التحير انما هو في الاجازة وعدمها كما عرفت ذلك مفصلا والثامن قد عرفت الجواب عنه بما من الخاص
كما ان التاسع يعرف ما فيه مما تقدم في السابع ومن ذلك الغريب دعوى المتانة في هذه الوجوه التي هي واضحة الفساد
والتحقيق ما عرفت نعم لكل منهما طرق في الاختصاص لو اراده كالصلح والتأجيل المقتضي للافراز بعقد لازم مثلا او الصلح
والحوالة والشراء بها شيئا ونحو ذلك مما لا ينافي التصرف بها على الاشاعة كما اوضحنا ذلك كله في محله والله العالم
المسألة التاسعة اذا استأجر للاحتطاب او للاحتشاش او للاصطياد مدة معينة صحت الاجارة
لعموم ادلتها الشامل لذلك وملك المستأجر ما يحصل منه ذلك في تلك المدة لانه نماء عمله المملوك له فهو في الحقيقة
كالعبد المملوك الذي يكون لسيده ثم [illegible] ذلك بانه لا اثم بناء على عدم قبول هذه الاشياء للنيابة الذي صرح بها المص

المص في كتاب الوكالة وانه يملكها الحيزان نواها للغير كما سمعته منه في جامع التردد باعتبار النية ومنها صرح في
جامع صد بانا ان اجزنا التوكيل في هذه جوزنا الاجارة عليه وان منعناه منعنا الاجارة كما كما اليه صريح كره
قال وظاهر الشرائع في كتاب الشركة صحة الاستئجار مطلقا نظرا الى انه بالاجارة تصير منافع الاجير
مملوكة للمستأجر فيملك ما حازه وضعف بانه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لا يتصور صحة الاجارة
قلت قد يمنع التلازم ويكون ذلك المباح في الغرض من توابع ملك العمل بالاجارة وهو غير التملك
بالنيابة والحيازة فتم حينئذ الامر سهل عندنا بعد ما عرفت ان المختار عندنا صحة التوكيل باعتبار
النية بالمعنى الذي اسلفناه هذا كله لو ضبط العمل بالمدة واما لو استأجره لصيد شيء بعينه
لم يصح لعدم التعين بجهوله غالبا بناء على اشتراط ذلك
فيها كما عرفت نظيره في البيع وتقدم تمامه في
كتاب الاجارة والله الموفق والمعين
وصلى الله على سيدنا محمد
وآله الطاهرين
اجمعين
آمين

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المضاربة

من الضرب في الارض لضرب العامل فيها للتجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال
فكان الضرب مسبب عنهما طردا لباب المفاعلة في طرفي الفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بسهم او لما فيه من ضرب المال
وتقليبه كذا قيل ولعل من ذلك في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال والعمل ويقال للعامل مضارب بكسر
الراء لانه الذي يضرب في الارض ولم نعثر على اشتقاق اهل اللغة اسما لرب المال من المضاربة التي هي لغة اهل العراق
واما اهل الحجاز فيسمونه قراضا من القرض بمعنى القطع الذي منه المقراض فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها
للعامل الذي اقتطع له قطعة من الربح او من المقارضة بمعنى المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن
كل منهما الاخر بشعره ومنه قارض الناس ما قارضوك فان تركتهم لم يتركوك بمعنى ساوهم فيما يقولون ولما كان العمل من العامل
والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه وان اختلفا في كميته ويقال للعامل
هنا مقارض بالفتح وللمالك بالكسر والامر في ذلك سهل لعدم الثمرة المعتد بها انما الكلام فيما ذكره في ذلك تبعا للتذكرة
قال واعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما ان يشترطا كون الربح بينهما او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان
شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكل الربح له وان
للعامل اجرة المثل وفيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة اذ اقصاه كونها من القسم الفاسد
لا انها من القرض المحتاج الى انشاء تمليك المال بعوض في الذمة وقصد كون الربح للعامل اعم من ذلك فانكان هو
من اللوازم الشرعية لملك المال ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك تحققه لخبر [illegible] عن ابي جعفر عن امير المؤمنين (ع)
من ضمن تاجرا فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء والموثق عن ابي جعفر من ضمن مضاربة فليس له الا رأس المال
وليس له من الربح شيء اذ كان التضمين من لوازم القرض لكن الاختصاص بالربح يدفعها ان المتجر بعد تسليم [illegible] عدم

رجحان معارضها عليهما الاقتصار على ذلك بناء خالف الضابطا الشرعية ولو فرض عدم ارادة الفاضل والشهيد ذلك بل
مرادهما ان الدفع المجرد عن عنوان خاص ليقتضي الحكم عليه بذلك وكان فيما انفه منع تحقق القرض شرعا وعرفا بذلك لما
عرفت واصالة الصحة لا تصلح قرينة على صرف الظاهر مع اندلاجه في المعلوم خلو عن هذا القصد نعم يمكن ارادتهما بيان حال كل
من القراض والقرض والبضاعة فحد ذاته لا ان المراد تحققه على الوجه المذكور وح يخرج عما نحن فيه ثم ان ظاهر العبارة المذكورة الفرق
بين قرني البضاعة باستحقاق الاجرة في الثاني دون الاول الذي نسب عدم الاجرة فيه الى ظاهر الاصحاب في الرياض بل قال
هو حسن ان لم يكن هناك قرينة من عرف وعادة بلزومها والا فالمتجه لزومها قلت لا يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما اذ
التصريح في الاول منهما بكون الربح باجمعه للمالك اعم من التبرع بالعمل وعدم ارادة الاجر عليه فالتحقيق ح عدم الفرق
بينهما وان العامل يستحق الاجر فيهما لعدم احتمال التبرع لا يدفع اصالة احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالك فضلا عن الرافع
بامره واعتبار فرض عدم فرق في ذلك بين الوقوع بصورة المضاربة وغيرها ما لم يعلم منه ارادة التبرع ولا ينافيه كون العامل من المعتدين
لاخذ الاجرة كالسمسار ونحوه وغيره مع فرض كون العمل مما له اجرة في العادة بل مقتضى الكل المؤيد استحقاق الاجرة على
العمل المأذون فيه وان لم ينو العامل الرجوع بها بل يكفي عدم قصده التبرع ولعل الى ذلك اشار الفاضل المقداد في شرح نفع
قال في البضاعة فان قال اي المالك مع ذلك لا اجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه باجرة وان
قال ولك اجرة كذا فان عين عملا مضبوطا بالمدة او العمل فذا اجارة وان لم يعين فجعالة وان سكت فان تبرع العامل
بالعمل فلا اجرة له وان لم يتبرع وكان ذلك الفعل له اجرة عرفا فله اجرة مثله ومن ذلك يعرف ما في كلام الرياض الذي حكيناه عنه
بل فيما ذكره سابقا في دفع اشكال استحقاق الاجرة فلاحظ وتأمل وكيف كان فقد علم مما ذكرنا ان المضاربة
دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه ولكن يتبعها احكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة وغيرها كالغصب
واجرة المثل ونحوها والظاهر ان المراد مما في المسالك من ان عقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور
ربح ودعى امين ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه وكيل ومع فساد العقد اجير الا ان المراد انشاء
هذه العقود بانشاء عقده والا كان محلا للنظر مضافا الى ما في ذكر الغصب واجرة المثل والشركة في الربح في العقود وعلى كل
حال فدعوى تمام البحث في كتاب المضاربة ليستدعي بيان امور الجهة الاولى العقد الذي جعله في ك وعد مما كان
هذه المعاملة بل صرح في كر بانه لا بد فيها من لفظ يدل على الرضا ظاهرهما او صريحهما كغيرهما عدم مشروعية ما يشبه
المعاطاة في البيع منها وهو ظاهر انه لولا انفتاح الاصالة عدم ملك العامل الحصة من الربح الا انه يخالف لما دل على جوازها
في البيع مما هو مشترك بينها وبين غيرها من السيرة المستمرة وصدق اسم المضاربة عرفا بتجارة عن تراض ونحو ذلك مما هو كاف
في المشروعية وفي تخصيص نحو قوله تعالى انما يحلل الكلام ويحرم الكلام فالمتجه مشروعيتها لكن وان لم يكن المركب ايجابا وقبوله
نعليين من عقدها وعدم الثمرة المترتبة بين معاطاتها وعقدها لجواز الفسخ فيهما الا ما في الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور
وعلى كل حال فلا خلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها وان كان لا يتعين فيه لفظ مخصوص بل يكفي فيه كل لفظ دال
على انشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح لانه المتعارف في كيفية عقدها بل قد عرفت فيما مضى قوة الاكتفاء بذلك
في العقود اللازمة فضلا عن الجائزة اما القبول ففي كرة وجامع صد وضة الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق خلافا لظاهر الفاضل في عد
وغيره بل صرح به بعض العامة بل في الرياض بعد ان حكى عن كرة ذلك وانه يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه وفي الاكتفاء في الايجاب
والقبول بكل لفظ قال فان تم والا فالاولى الاقتصار فيما خالف الاصل الدال على ان الربح تابع للمال وللعامل اجرة المثل
المنطبق مع المضاربة تارة والمتخلف عنها اخرى على المتيقن ولعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الايجاب والقبول والتنجيز وعدم التعليق

التعليق على شرط او صفة وهو حسن على ما حققناه ولكن على ما ذكره من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول ويكفي لفظه في طرف
الايجاب بناء على جواز العقد يشكل وسؤال الفرق بينه وبين اعتبار ايا ما يجده وكانه اخذ ذلك او بعضه من جامع صد فانه بعد ان
حكى عن كرة اعتبار التواصل قال وفيه نظر لان ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة دون الجائزة من الطرفين وسياق
التصريح بذلك في الوكالة قلت لا يخفى عليك ما في ذلك كله بناء على ما ذكرناه من تحقق المضاربة من المركب من الفعلين
ايجابا وقبولا فضلا عن محل الفرض واقتضاه انه لا يكون عقد مضاربة والا فهو مشروع يترتب عليه احكام المضاربة مع انه
يمكن القول بتحقق العقد ايضا بالقبول الفعلي بناء على تعارف عقدها بذلك بين المتشرعة ومثله كاف في ذلك لكن لا ثمرة مهمة
هنا بعد فرض المشروعية بين كون هذه الكيفية عقدا او لا لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز وغيره من احكامها الا بناء على عدم
مشروعية المعاطاة فيما يخرج البحث في القرض ولعل المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفية عقدها بذلك كما تدعرفت التحقيق
انه لم يكن ثم اجماع بخلافه وهو خرط القتاد وان كان كثير من كلماتهم ظاهرا فيما تشويشا على نحو ما في بعض كتب العامة
اما غير ذلك مما يعتبر في غيرها من العقود كالتواصل والتنجيز فمبني على مقتضى ما دل على اعتباره الذي لا فرق بين الجائزة واللازمة
ضرورة كونه من كيفيات العقد والتوسع في العقود الجائزة بالنسبة الى الاكتفاء في ايجابها مثلا بكل لفظ لا يقتضي التوسع فيها
بالنسبة الى ذلك وثبوته في الوكالة للدليل لا يقتضي الثبوت في غيرها بعد حرمة القياس هذا كله في التواصل اما التنجيز فلا
ريب في اعتباره لاتحاد الطريق فيها وفي العقد اللازم كما حققناه في محله والله العالم وكيف كان فهو جائز من
الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال بان صار دراهم او دنانير او كان بعروض بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه وهو
الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم لكن ذكر غير واحد انه ان كان الفسخ من العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له وان كان المالك ضمن
للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت صونا للعمل المحترم من الخلو عن الاجر مع احتمال العدم للاصل واقدام العامل عليه مع علمه
جواز العقد وامكان فسخه قبل ظهور الربح بل وبعده مع تحقق الوضيعة المستغرقة له لكونه وقاية لراس المال قلت قد يقال
ان قاعدة احترام عمل المسلم المأذون فيه التي قدمناها تقتضي استحقاق الاجرة في الاول كالثاني فضلا عن الثاني
ما لم يكن اجماع والاقدام على جواز العقد اعم من الاقدام على التبرع وعلى كل حال فلو اشترط فيه اي عقد المضاربة الاجل لم يلزم
المقدمة على احدهما فيصح لكل منهما فسخه قبله بلا خلاف اجده فيه للاصل وغيره نعم في لك وغيرها بعد تفسير العبارة بنحو ما
قال لكن العقد والشرط صحيحان اما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده لان التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما
العقد فلان الشرط المذكور لم ينافه مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق قلت قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم
بقرينة قوله متصلا بها لكن لو قال ان مرت بك سنة فلا تشتر بعدها او لا تبع صح عندنا لان ذلك من مقتضى العقد
الذي هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء وعلى منع العامل عما يشاء من النوع والزمان والمكان ضرورة ظهور
الاستدراك فيه في فساد الاول لا يشكل بل هو من افراد المسألة التي ذكرها بقوله ايضا ولا يشكل لو قال على ان
لا املك فيها اي السنة منعك فانه شرط باطل لان ذلك مناف لمقتضى العقد بل لا ادري وجها لمن بطلان العقد
معه فالتحقيق ح انه ان اريد باشتراط الاجل المعنى الاول صح وان اريد به المعنى الثاني بطل وابطل كما صرح به غير
واحد بل لا اجد خلافا هنا في بطلانه وزاد في عد وجامع صد اشتراط ضمان العامل المال او الزامه بحصة من الخسارة الا
انه قد يناقش في ذلك ان اريد بها الكناية عن اللزوم مثلا بالعارض لو بالشرط لان المراد به ما ينافي حكمها شرعا فانه لا
اشكال في البطلان ح اما المنافية في الاول فمنع كونها من منافيات مقتضى العقد المراد به ما يعود على العقد بالنقض
ولا ريب في عدم منافات اللزوم لعقد المضاربة اذ هو كالجواز في العقد اللازم الذي لا اشكال في صحة اشتراطه ومنهما

كان لو شرطه اى اللزوم فى العقد الجائز بجعله لازما اه ولانه من المنافى لمقتضاه القبيح ذلك انه كاشتراط عدم الملك فى البيع نظيره هنا عدم ملك العامل الحصة من الربح لا اشتراط اللزوم فى المضاربة وكذا الكلام فى الضمان الذى لا ينافى كون الشئ امانة فان كثيرا من الامانات مضمونة كعارية الذهب والفضة والعارية المشترط فيها ذلك والمقبوض بالسوم وغير ذلك بل يستمع ضمان العامل فى كثير من صور المضاربة بل وكذا الكلام فى اشتراط الزام العامل حصة من الخسارة فان جميع هذه الامور من الاحكام او ما هو مقتضى اطلاق العقد لا انها من منافيات مقتضاه التى تعود عليه بالنقض ثم حيث انه بقى شئ وهو انه قد صرح الفاضل فى عد وغيره فى جامع المقاصد بصحة شرط المالك على العامل المضاربة فى مال اخر او اخذ بضاعة منه او قرض او خدمة فى شئ بعينه معللا له الثانى منهما بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم لكن عن ابن البراج الجزم بفساد العقد والشرط وكذا عن ط الا انه قال اجرا ولو قلنا القراض والشرط جائز لكن لا يلزم الوفاء به كان قويا ثم انه فى جامع المقاصد قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به ثم قال وهو حق فان العقد جائز من الطرفين لكن لم يذكروا حكم ما اذا عمل العامل ولم يف بالشرط فطرد ربح والذى يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ فيقرانه حاصله عليه التراضى فيكون للعامل اجرة وللمالك الربح الى ان قال ولو شرط ذلك من طرف العامل على المالك فالحكم كما هنا بغير تفاوت الا ان الفسخ هنا بعد العمل اذا لم يحصل لو فا يكون للعامل لانه انما رضى بالحصة القليلة مع هذا الشرط قلت لا يخفى عليك ما فى الذى جعله مقتضى النظر وخصوصا فيما اذا كان الشرط للعامل فان الزام تسلطه على استحقاق الربح كله الذى هو تابع لمال المالك بفسخ العقد مما لا يمكن الزامه فقيره له فالتحقيق عدم مدخلية الشرط فى ذلك اما الكلام فى حكمه بالنسبة الى وجوب الوفاء به وعدمه فيحتمل الاول لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد وعدم انشاء فسخه لكونه ح كنفس مقتضى العقد اذ هو من توابعه وبهذا المعنى يندرج فى قوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على كون المراد منه الامر بالوفاء بمقتضى كل عقد بحسبه فاسخ جائز ولازم وفى قوله المؤمنون عند شروطهم ويحتمل الثانى لعدم تسلطه على فسخ العقد بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وان لم يفسخ العقد للاصل السالم عن معارضة الاية المراد منها العقود اللازمة للوجوب الذى فيها بالوجوب المطلق وكذا قوله المؤمنون عند شروطهم المراد منه بيان صحة اصل الاشتراط واما اللزوم وعدمه فيتبع العقد الذى تضمن الشرط فان كان لازما وجب الوفاء بالشرط لكونه ح من توابع العقد اللازم والا لم يجب بل يكون ح شبه الوعد ولعل هذا هو مراد الشيخ والفاضل فى التحرير من المحكى عنهما الا ان المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد والا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد اذ هو كالوعد لا دليل عليه بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كونه شرطا وليس مقتضى العقد الذى لا يجب الوفاء به وان لم يفسخ العقد فان من استودع او وكل او استعار او ضارب اى جاء بعقد من هذه العقود لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك فيأخذ الوديعة مثلا ويفعل ما وكل به ويأخذ العارية ويأخذ عين مال القراض فالشرط اولى ومن يعلم ح انه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكراه من عدم لزوم الوفاء به وهو لا يخرج عن قوة والله العالم وعلى كل حال فلو اشترط على العامل ان لا يشترى الا من زيد او لا يبيع الا على عمرو صح لان الناس مسلطون على اموالهم وكذا لو قال له على ان لا تشترى الا الثوب الفلانى مثلا او ثمرة البستان الفلانية سواء كان وجوده عاما او نادرا لما عرفت خلافا للبعض العامة فلم يجوزوه في الخصوص وهو واضح الضعف نعم لو شرط عليه ان يشترى اصلا يشتركان فى ثمرته كالشجر والغنم قيل يفسد بل لم اجد من جزم بالقول به من اصحابنا وذلك لان مقتضاه اى القراض الاشتراك فى الربح الحاصل من التصرف فى رأس المال مان يتجر النماء فيه فى بعض الاحوال لا حصر فى الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه الا انما يتلك ونماء الاطلاق

الاطلاق لو ولكن مع ذلك حكم فيه تردد مما سمعت ومن امكان منع اعتبار ذلك فى القراض الذى هو دفع المال من ربه للعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك سواء كان نماء فعلا او مالا ذهب فيه مسبب من فعل العامل الذى هو شراء ذى النماء لكن يبقى عليه انتقاله اولا نعم لو قال له اشتر ومما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا فالاقوى الصحة للعمومات الادلة ولانه فى الحقيقة كالواتفق نماء اعيان المضاربة قبل بيعها ودعوى اعتبار شراء مع بيع ولو مرة فى المضاربة واضحة المنع وبذلك ظهر لك ان فى المسئلة صورا ثلثة احدها معلومة الصحة والثانية مظنونة والثالثة مشكوك فى شمول الاطلاق لها فالاصل الفساد كما انه ظهر لك اتقان المسئلة ما فى لك وغيرها فلاحظ وتامل واذا اذن له فى التصرف بعد ان عقد معه عقد المضاربة مثلا واطلق تعدى باطلاق الاذن المستفاد من العقد ما يعتاد بالنسبة لمثل تلك التجارة ومثل ذلك العامل فى مثل ذلك المكان والزمان ما يتولاه المالك وغيره من عرض القماش والنشر والطى واحرازه وقبض الثمن وايداعه الصندوق واستيجار من جرت العادة باستيجاره كالدلال والوزان والحمال ونحو ذلك مما لا يمكن تحديده بالتعداد عملا بالعرف الذى هو الضابط لذلك وح فلو استاجر لمثل الاول الذى جرت العادة بمباشرته ضمن الاجرة بل يمكن ضمان العين لو فرض تلفها بذلك ولو تولى ما لا يجر الذى جرت العادة بالاستيجار بنفسه قاصدا للتبرع لم يستحق اجرة اما مع قصد الرجوع فيستحق استحقاقا قد يبنى على تناول الوكالة لمثل نفسه بل قد يقوى استحقاقه اياها مع الخلو عن القصد لقاعدة احترام عمل المسلم المتقدمة والله العالم ولا ينفق العامل فى الحضر شيئا من مال القراض وان قل حتى نقل السقا لاصالة حرمة التصرف فى مال الغير نعم له ان ينفق فى حال السفر كمال نفقته منها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن ونحو ذلك مما هو داخل فى النفقة من اصل المال على الاظهر الاشهر بل المشهور بل ذكر نسبته الى علمائنا بل فى محكى ف الاجماع عليه وهو الحجة بعد صحيح على بن جعفر عن اخيه ابى الحسن عم فى المضارب ما انفق فى سفره فهو من جميع المال فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وبه جبر الشكوك عمن عن امير المؤمنين خلافا للمحكى عن بعض من كون جميع نفقته على نفسه كالحضر للاصل المقطوع بما عرفت فالعمل عليه كالاجتهاد فى مقابلة النص نعم عن اخرين لم يتفاوت ما بين نفقة السفر والحضر وهو مخالف لظاهر النص مع المعتضد بما سمعت والمراد بالسفر هنا العرفى لا الشرعى الذى هو فى الحقيقة احد افراد السفر قد علق الشارع عليه بعض الاحكام الخاصة كقصر الصلوة والافطار ونحوهما كما انه اجرى احكام الحضر عليه مع الاقامة والتردد ثلثين يوما وان بقى معها صدق اسم السفر الذى يجرى عليه الحكم هنا لكونه عنوانا يدور معه وجودا وعدما نعم فى لك وغيرها يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه للتجارة فلو اقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة قلت هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلا او حبس ظالم او نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة ولذا قال فى كرة لو اقام فى طريقه فوق مدة المسافرين فى بلد للحاجة كجباية المال او الانتظار الرفقة او لغير ذلك من المصالح لمال القراض كانت النفقة على مال القراض ايضا لانه مال فى مصلحة القراض اما لو قام للاستراحة او للتفرج او لتحصيل مال له او لغيره مال القراض فانه لا يستحق عن تلك المدة شيئا من مال القراض للنفقة اما لو اقام للتجارة ولغرض اخر يجب يكون كل منهما علة تامة فى المكث فهو اختصاص النفقة بمال القراض للاطلاق وعدمه للاصل والتوزيع اوجه اقواها الاول كما ان اقواها الاخير لو تركب الداعى منها بحيث يكون كل منهما جزء العلة والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه فيه من ماكول ومشروب وملبوس وآلات ذلك كالقربة والجوالق واجرة المسكن ونحو ذلك مما هو داخل فى اسم النفقة الذى تقدم تفصيلها فى النفقات وح فليس المراد مؤنة المندرج فيها جوائزه وعطاياه وضيافاته ونحو ذلك مما تقدم بيانها فى كتاب الخمس وبذلك يظهر لك ان معنى قوله عم ما انفق ما ينبغى منه نفقة له لا ان الجميع جميع ما يتلفه وهو الموافق للاصل

ثم يراعي الاصل فيما يحتاج اليه من النفقة ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد فان اسرف حسب عليه وان قتر لم يحسب
له وعلى كل حال ـــــ فاذا عاد من السفر فما بقي من اعيان النفقة ولو من الزاد يجب رده على التجارة كما ان ذلك
ما لم يتم ملكه عدمها وان لم يجز للعامل ولو اذن له بعد ذلك فهو تبرع محض ولو شرطا على المالك فهو تاكيد وبحث
في وجوب تفصيلها حينئذ لنفي الجهالة بناء على اعتبار عدمها في مثل المقام ولعله لا يخلو من نظر بل يمكن القول بعدم وجوب
ضبطها حتى على الاول لكونها ثابتة باصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل وان كان فيه ما لا يخفى
ضرورة عدم رجوع ذلك الى شيء من العقد مع الاشتراط بخلافه معه ثم ان ظاهر النص والفتوى عدم اعتبار ثبوت
ربح في النفقة بل ينفق ولو من اصل المال ان لم يكن ربح لكن لو ربح بعد ذلك اخذت من الربح مقدمة على حق العامل
ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة للمال التي يجبرها بما يتجدد من الربح كما اومأ اليه في ك بقوله والقدر المأخوذ
في النفقة يحسب من الربح وان لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال وكذا في لك قال ـــــ ولا يعتبر في النفقة
ثبوت ربح بل ينفق من اصل المال ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل لكن في الرياض ولوص
ولا يعتبر في ثبوتها حصول الربح بل ينفق ولو من الاصل لاطلاق الفتوى والنص ومقتضاهما الانفاق من الاصل ولو
مع عدم حصول الربح ولكن ذكر جماعة انها منه دون الاصل وعليه فلتقدم على حصة العامل وهو من غرائب الكلام
ان اراد بالاول اخراجها من الاصل حتى لو تجدد بعد ذلك ربح خصوصا بعدما سمعته من الفاضل وثاني الشهيدين
من انها مقدمة على حق العامل وان قلنا بخروجها من الاصل حال عدم الربح فالتحقيق ح ما عرفته من انه ينفق ولو من
اصل المال لكن متى تجدد ربح جبر المال بمقدار ما انفقه ثم ان بقي ربح اخذ حصته ولعله هو الموافق للتأمل
في النص والفتوى لا ما سمعته منه ولا انه ينفق حال عدم الربح من اصل المال وحال وجود الربح منه من غير
جبر للاول نعم ان لم يكن ثم اجماع امكن القول بان النفقة انما تكون للعامل حيث يكون ربح في المال لعمومهما
او نحوهما فتخرج ح منه على المالك والمضارب والا فلا نفقة له كان نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة ولعله اوفق
بالاصل والنص الا انا لم نجد قولا لاحد وان ارسله في الرياض حاكياه عن جماعة كان مطالبا بتعيينهم كما لا
يخفى على من لاحظ وتامل وعلى كل حال ـــــ فانما يستحق العامل النفقة في السفر المأذون فيه فلو سافر
الى غيره اي تجاوز المأذون او الى غير جهته فلا نفقة وان كانت المضاربة باقية هذا وفي لك وغيرها ان مؤنة المرض
والموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة وهو كذلك بالنسبة الى الموت بل والمرض اذا كان
على وجه لا اعانة في المال معه اما اذا كان مرضا لا يمنعه من العمل بالمال فلا ريب في استحقاقه النفقة في تلك الحال نعم قد
يشكل دخول مثل الدواء ونحوه في النفقات من كتاب النكاح من اراده فليلحظه فان الظاهر اتحاد البحث في المقامين
بالنسبة الى ذلك وكيف ـــــ كان فلو كان لنفسه مال غير القراض فالوجه عند المص وجماعة التقسيط لان السفر
لاجلهما فنفقته عليهما ومصرفه على نسبة المالين او العملين وجهان اجودهما في لك متجها الجامع صدق الاول ـــــ
لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال لا نظر الى العمل ومن هنا اتجه تفريع المص ذلك على ما
ذكره اولا لكن اورد عليه في الرياض انه يقتضي انه لا يستحق نفقة اصلا لو اخذ مضاربة في حال السفر فان الظاهر جريان
التقسيط على القول الاخر الذي هو وجوب ما زاد على نفقة الحضر ضرورة كونها ح هي التي تقسط على المالين او العملين
فما عن فخر المحققين من عدم جريان ذلك على هذا القول بل يكون النفقة على نفسه لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال
نفسه وان استصحب مال القراض غير واضح والتعليل المذكور يسقط على القول الاخر ايضا ومن هنا حكي عن السيد العميد

العميد انه جعل احتمالي سقوط النفقة وثبوت التفاوت بين حالي الحضر والسفر خاصة في عبارة عد من توابع الوجهين وهو ما لو كان
معه مال لغيره ولنفسه وتبعه عليه الاحتمال الاول ظهور مضر النفقة في الذي ليس معه الا مال المضاربة فيبقى هذا الفرض
مندرجا تحت الاصل ثم يندرج في الثاني المضارب الذي معه مضاربات متعددة ضرورة صدق كونه مضاربا والتوزيع
ح متجه فيها انا لانه قد لزمه من جميع المال فيشمل مال الجميع على حسب النسبة او يلزم اختصاصه باحد دون الاخر ترجيح بلا
مرجح مع ان علة الاستحقاق صدق وصف المضاربية المتحققة في الجميع فله على الكل الا التوزيع بعد تعذر التكرار
ونفقة النفقة ليست نفقة بل فدية على اشباهه من امثال ذلك كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في النفقات كما انه قد
يدعى اشباه ذلك ايضا حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض لا تسقط النفقة ضرورة صدق كونه مضاربا معه الا
انه لما كان السفر ليس للقراض خاصة اتجه التوزيع وعلى كل حال ـــــ فمن كونه على قدر الاموال او الاعمال البحث
السابق هذا وفي لك بعد ان ذكر التوزيع في القراضين قال ـــــ ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد شرط على كل واحد
منهما او اطلق بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل هنا مع جهل كل واحد
منهما بالاخر اما لو علم صاحب القراض الاول بالثاني وشرط على ماله النفقة جاز واختص به ولا شيء على الثاني وقد تبع بذلك
التذكرة قال ـــــ لو شرط في القراض النفقة فاخذ منه اخر قسط لان ذلك منزل على اختصاصه بالعمل له وكذا لو شرطا
ح علام ولو شرط احدهما واطلق الاخر فان علم الاول بالقراض فالنفقة من ماله خاصة بالشرط وهو قد تبع بذلك الفاضل
في كره قال ـــــ فيها فان شرط صاحب المال الاول النفقة من مال القراض مع علمه بالقراض الثاني جاز وكان
نفقته على الاول وان لم يعلم بالقراض الثاني قسطت النفقة وان كان قد شرطها الاول لانه انما اطلق له النفقة بناء
على اختصاص عمله به لانه الظاهر قلت قد عرفت في السابق ان شرط النفقة انما هو مؤكد لثبوتها بدونه فصورة الشرط ح
كصورة الاطلاق بالنسبة الى ذلك ولا ريب في التوزيع مع الاطلاق وان علم احدهما بالاخر نعم لو اريد من الشرط
الاختصاص بالنفقة على من كان عليه الشرط اتجه ذلك الا انه لا فرق حينئذ بين صورتي العلم والجهل ح ودعوى اشباه
ذلك من الشرط حال العلم دون الجهل لا شاهد لها والله العالم ولو انفق صاحب المال مثلا فانتزع المال
منه بقصد فسخ المضاربة فنفقة عوده منه خاصة لارتفاع وصف المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة والغرور
ببعثه على العقد الجائز الذي هو معرض ذلك ونحوه قاعدة بعض العامة من شبهتها واضح الضعف وكيف ـــــ كان
فلا اشكال ولا خلاف في ان للعامل ابتياع المعيب والرد بالعيب والاخذ بالارش كل ذلك ونحوه مع الغبطة لان
الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح والمعيب فلا يتقيد الاطلاق بالاول وان كان هو كذلك في اطلاق
الوكالة المحتمل ارادة القنية التي لا يناسبها المعيب وكذلك الكلام في الرد بالعيب واخذ الارش ولكن مع هذا
قد ذكر غير واحد من الاصحاب انه يقتضي اطلاق الاذن هنا البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف في التجارة
لتحصيل الربح اذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل واحتمال الكساد في بيع
العروض لكن في ذلك وغيرها المناقشة في الاخير بما عرفته من ان المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب لان الغرض
ومنها تحصيل ٢ الاقصى الربح وهو قد يكون بالعروض فالاقوى جوازه بها معا الى ان قال ـــــ ولو اذن له في شيء من ذلك عموما او خصوصا
تصرف كيف شئت وبحسب رايك ونظرك ونحو ذلك فانه يجوز له البيع بالعروض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما
الا بالتصريح وما ابعد ما بينه وبين ما فصل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق وان كان نقصا في نحو
البيع بدون ثمن المثل نادرا وظني انه لا موافق له على ذلك وان كان قد يتوهم من بعض العبارات والتحقيق انه لا وجه للتوقف

مع المصلحة اذا كان الاذن على وجه العموم فله البيع نسيئة وبدون ثمن المثل مع الاطلاق ما لم يرد حصولها في الافراد المتعارفة
بين التجار في تحصيل الارباح واما النادر فان فرض فيه المصلحة ينبغي دخوله في الاطلاق اذ ليس العنوان الاذن في كل
ما فيه مصلحة وانما هو الاطلاق المنصرف الى الافراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس والله العالم وعلى
كل حال فتعذر كون [illegible] ويخرج انه لو خالف ما دل عليه اللفظ لم يمض الا مع اجازة المالك لكونه تصرفا
تدريجيا بدون اذن المالك وهو حينئذ باطل عندنا وانما هو فضولي فان اجاز نفذ [illegible] لكن في ذلك تبعا للجامع وغيره
انه مع الاجازة ان فرض على تحصيل النسيئة والا ضمن الثمن المؤجل وان كان اذن به ولا التفاوت في صورة النقيصة

م لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة مع عدمها بحجابته [illegible] الامكان والا ضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن م

لانه مع عدم الاجازة بيع باطل فيضمن للمالك العين ما لم [illegible] فيه كما هو [illegible] قلت فيما
يضمنه فانه مع اجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئة صار الثمن الذي في ذمة المشتري له برضاه ولم يحصل من العامل ما
يقتضي ضمانه بل لعل ذلك كذلك في الغاصب اذا باع المغصوب نسيئة ثم ندم الغاصب فاجاز المالك ذلك ورضي بالثمن
الذي في ذمة المشتري ان يكون له خروج الغاصب من الضمان ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه الى الثمن الذي لم يستول
يده عليه وكان ذلك كله لا اشكال فيه مقتضى المعلوم من عدم الكلام الان في خصوص المقام الذي يشمع [illegible] والنصوص
والفتاوى بضمان العامل اذا خالف ما اشترط عليه المالك وان بقيت المضاربة صحيحة والربح بينهما ولعل ما نحن فيه
منه اذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح او المفهوم من الاطلاق فاذا قال له اشتر مثلا ثم خالف واشترى غيره
كان ضامنا ولكنه صحيح والربح بينهما كما ستعرف فما نحن فيه المستفاد من سياق الاطلاق اولى بذلك والله العالم
وكذا يجب مع الاطلاق ان يشتري العامل بعين المال لانه المفهوم او المتيقن منه خصوصا بعد ملاحظة احتمال عدم
ارادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه والشراء بالذمة قد يؤدي الى الضرر ونحو ذلك في صورة تلف مال المضاربة
قبل الوفاء فيه وحينئذ لو خالف واشترى في الذمة للمالك لم يصح الا مع الاذن فيه ولو لاحقا لكن قد يشكل ذلك باقتضاء
الاطلاق معنا الشراء بالذمة على وجه الحلول واداء الدفع من مال المضاربة كما هو المتعارف بين الناس من غير فرق بين
الملاك والعمال والوكلاء ونحو نعم لو كان الشراء في الذمة على ارادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة فانه ليس في الاطلاق
ما يشعر بالاذن بذلك ويمكن ارادة الاصحاب المنع عنه هنا بالخصوص لا ما يشمل الاول الذي قد يتسامح في العرف
بجعله من الشراء بالعين فاذا اتفق عروض تلف من العامل بغير تفريط المضاربة ادى المالك من غيرها لما عرفته
من تناول الاطلاق الاذن على الوجه المزبور لمزبور وقوعه ومن ذلك يعلم ما في التعليل المذكور كما ان منه يعلم الدفع نادية
المالك في الفرض المزبور من غير مال المضاربة بكون ذلك من مال القراض لما عرفته من اقتضاء الاطلاق ذلك
كما من الشيخ في ظاهر التصريح به وان حكى عنه انه حكي فيه قولين في اقوال غير محصلة لا فائدة في ذكرها كالاحتمال المعتد
به لما الطب به في الرياض من ذكر الاشكال المذكور والجواب عنه والتطويل في الجواب فلاحظ وتأمل وعلى كل حال
فلو اشترى العامل في الذمة بنية انه للمالك لا مع اي الاذن منه لا سابقا ولو من الاطلاق المذكور ولا لاحقا ولكن لم
يذكره اي المالك على وجه يفهم البائع ان البيع له تعلق الثمن بذمته ظاهرا وان كان هو فاسدا في نفس الامر ووجب عليه
التخلص من البائع بما قصد ونحو هذا لو وقع الشراء منه بلا نية انه للمالك او لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهرا وحقا
وكان الربح له كما لو نوى نفسه لظهور المعاملة في ذلك حتى لو فرض كونه نادما في الشراء في الذمة للمالك لكن لا ينصرف
الشراء في نفس الامر ووقعت المعاملة له الا بنية انه له كما هو واضح فما في الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة
واضح الضعف الا ان ما حكي فيه من نسخته غير نقية من الغلط نعم لو كان قد نوى المالك ثم اجاز كان له بل ربما ظهر

طلب من المقداد كونه مال القراض كما انه يبطل مع ذكره له لفظا او عدم اذنه سابقا ولا لاحقا وبذلك
كله صور المسئلة واحكامها لكن الانصاف عدم خلو جعله مال القراض مع الاجازة اللاحقة وامتناع الثمن
من طيب مالها من اشكال او منع والله العالم ولعامله بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها اثم وضمن المال لتعديه
فان تلف ربحه وكان الربح بينهما اذ لا منافات بين ذلك وبين المنع من السفر لكونه مأذونا في التجارة من حيث
هي تجارة وان لم تجد السفر فان المنع من احد المتنافيين لا يقتضي بمجرده المنع من الاخر بل هو كذلك حتى في صورة الاطلاق
فان الحكم استفادة الاذن منه في السفر كما صرح به غير واحد بل في جامع المقاصد نسبته الى علمائنا لما فيه من التغرير
بالمال لاختلافها بالنسبة اليه لغلبة من غير فرق بين خوف الطريق وامانه وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف
عندنا في الحكم المذكور وفي الصحيح عن احدهما سئلته عن رجل يعطي المال مضاربة وينهاه ان يخرج قال
يضمن المال والربح بينهما وفي صحيح الحلبي عن الصادق في الرجل يعطي للرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها
واشتر منها قال فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان
ربح فهو بينهما وفي خبر ابي بصير عنه ايضا في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه ان يخرج به الى ارض
اخرى فعصاه قال هو ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه وخبر ابي الصباح سئلت
ابا عبد الله عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى الارض وينهى ان يخرج به الى غيرها فعصى فخرج به
الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن وان سلم فهو بينهما بل في صحيح الحلبي عنه ايضا انه من ذلك
قال المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف امر صاحب المال
فان العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط ان لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا
ذا كبد رطبة فان خالفت شيئا مما امرتك به فانت ضامن للمال وفي صحيح الاخر عنه ايضا في الرجل
يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط قال هو ضامن والربح بينهما وفي خبر ابي الصباح عنه
ايضا في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما
امر صاحب المال بل في صحيح جميل عنه ايضا في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة
فذهب فاشترى غير الذي امره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط والى ذلك اشار المصنف بقوله
او امره بابتياع شيء بعينه فابتاع غيره ضمن ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما الا انه اشكل بعض
بمخالفته عند المعلومة ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الاذن لا سابقا ولا لاحقا فكيف يتجه استحقاق
الربح ومنهما حمل بعض الناس عليها في النصوص ولعل اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك لكن
لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك وهو كل شرط خولف وعمل به
جم به غير واحد قائلا بانه لا باس بتخصيص عن بعض النصوص للعمل عليها الا انه كما ترى ايضا ويمكن تنزيل
هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة وارادة الضمان من الاشتراط كما يؤمي اليه ما في ذيل صحيح
الحلبي السابق مخصوصا ما ذكره بعنوان التعليل الحكم بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقا
من الشرط كما عساه يؤمي اليه خبر رفاعة عن ابي عبد الله في مضارب يقول لصاحبه ان انت اذهبت او اكلته
فانت له ضامن قال هو له ضامن اذا خالف شرطه هذا وفي لك يجب تقييد المخالفة في جهة بما اذا بيع المتاع في
تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة او يزيد عليه او كان ناقصا لا يتغابن بمثله لم يقدح كما لو باع بدون ثمن المثل

ومثله في جامع المقاصد وزاد انه اذا اجاز المالك كان الثمن مضمونا فلو تلفت تلف بالقيمة من غير احتياج الى الاجازة لما عرفته
من ان المفروض ان البيع صحيح مع المخالفة ولكنه ضامن للوضيعة ولا ريب ان محل النظر من ذلك والله العالم وكيف
كان فمن شكل منهما يبطل المضاربة لا منافي بعضها الوكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة نحو العارية والوديعة
تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ونحو ذلك مما يقتضي بطلان الاذن من المالك الذي هي بمنزلة الروح لهذا العقد
وشبهه بل ظاهر الاصحاب في المقام وغيره عدم تاثير اجازة الوارث او ولي المالك في حال الجنون والاغماء لتصريحهم
بالانفساخ بعروض احد هذه العوارض ومع فاذا اريد تجديدها مع ما سبق احدهما اشترط في الثانية شروط الاولى
من انضاض المال دراهم ودنانير ونحو ذلك كما هو واضح ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح فيه اخذه الوارث
وان حصل فيه ربح اقتسماه ولكل واحد من الغرماء مزاحمة العامل في حصته لما ستعرفه من ملكه لها بالظهور فكان
شريكا للمالك وان كان المال عروضا ففي المسالك ان للعامل بيعه ان رجا الربح مع الاطلاق وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء
مطلقا وفيه انه ليس للعامل البيع من دون اذن الوارث الذي قد انتقل اليه وان رجا الربح كما انه ليس للوارث الزامه با
لانضاض مطلقا بعد انفساخ المضاربة اللهم الا ان يقال انه حق للميت فينتقل الى الوارث وان كان الميت العامل فان كان المال
ناضا ولا ربح اخذه المالك وان كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض
فان اذن المالك للوارث فيه جاز والا نصب الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح ادى حصة الوارث والا سلم
الثمن للمالك والله العالم الامر الثاني في مال القراض ومن شرطه ان يكون عينا فلا يجوز بالدين وان يكون دراهم او
دنانير بلا خلاف اجده في شيء منه بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى ما قيل من اصالة الفساد وهذا انما له عن معارضة
اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم ونحو ذلك مما عرفت ان ادلة العقود اللازمة منه وعن الاطلاقات التي لم تسق
لبيان ما يجوز به المضاربة وانما هي في مقام احكام اخر وان كان البحث فيه من تامل ضرورة الاكتفاء بتجارة عن تراض ونحو
ذلك دليلا للاعتبار عند دعوى عدم اطلاق صالح ولكن الامر سهل بعد الاجماع المزبور ومنه يعلم انه لا وجه للتوقف
في القراض بالنقرة التي هي القطعة المذابة من الذهب والفضة ضرورة عدم كونها حينئذ دراهم ومنه يعلم انه لا تعلم مخالفا
في عدم الجواز بها بل ولا قرضا لاحد [illegible] نعم في ذلك وربما اطلق النقرة على الدراهم المغشوشة مع عدم سكة فان صح هذا
الاسم كان الحكم فيه ما عرفت ولو انها قد صارت دراهم ودنانير وانما تخلف السكة وهي وصف في النقدين وربما لا يقدح
خصوصا اذا تعومل بها على ذلك الوجه مع انه لا يجب معلومية كون الدرهم والدينار حقيقة في المسكوك للمعاملة
وتخلف السكة يقدح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم والدينار وانما عليه المنقوش او المنقوش للمعاملة
لا يحقق الاسم المزبور ولو سلم تحقق الاسم بناء على انه للاعم من المسكوك للمعاملة فليس الا القيمة وعلى كل حال
فلا وجه للتردد بعد الجزم بشرطية الدراهم والدنانير والله العالم وكذا لا يصح بالفلوس لفقد الشرط المزبور ولا بالورق
المغشوش الذي يجب كسره سواء كان الغش اقل او اكثر او مساويا بالنسبة الى تلك السكة في ذلك الزمان
المعتبر فيهما منا بالنقل لان المراد بها ما يشمل المتعارف في زماننا من الشاميات والشوشيات ونحوها المعلوم ما فيها
من غير النقدين ضرورة صحة المضاربة بها وعدم وجوب الزكاة لعدم اعتبار الخلوص في الدرهم والدينار وانما هو القطعة
المسكوكة للمعاملة سواء كان خليطا او لا وان اتفق خلوصه في ذلك الزمان الا انه ليس المراد كهيئته السابقة فلا
حاجة الى ما في جامع المقاصد وغيره من تقييد نحو عبارة المتن بما اذا لم يكن متعاملا به اما المغشوش فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت
به المعاملة وصح جعله مالا للقراض سواء كان الغش اقل او اكثر اذ قد عرفت ان المدة للقراض وغيره من الغش ما سمعته ونحو ذلك

٢ من المتاع مطلقا والامة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا لانتفاء الشرط المزبور م

لا نحو ذلك كما هو واضح وكذا لا يصح بالفلوس التي هي غير النقدين كما هو واضح وكان المصنف ذكر الاول ولم يستغن بها عنه
لما ينبغي من توهم الجواز باعتبار كونها مادة للدراهم والدنانير وكونها مثلها في السكة والمعاملة فاراد تخصيصها بعدم الجواز
وان دخل الفلوس هنا في العروض على التفسير الاول والامر في ذلك سهل ولو دفع اليه اي العامل الة الصيد كالشبكة بحصة
مثلا فاصطاد لم يكن مضاربة قطعا لانتفاء الشرط ولا شركة لعدم الامتزاج ولا اجارة لعدم معلومية الاجرة فليس الا
المعاملة باطلة ومع كان ما اصطاده للصائد الذي قد حازه ولكن عليه اجرة المثل للالة كما هو واضح نعم ذلك وغيره
الحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد وقد
سبق الكلام على نظيره ويجب بناؤه على ان الحائز ينوي التمليك لا نفسه لان القصد الى الدخول على الشركة حيث يكون
الصيد لهما فعلى كل منهما اجرة المثل من الصائد والشبكة بحسبها اصابه قلت قد تقدم سابقا امكان اختصاصه بذلك
وان قلنا بصحة التوكيل بناء على عدمه في المقام لكون الاذن قد وقعت في العقد الفاسد فلا اثر لها في الشركة مع
عدم الاذن لا يجدي دخوله في ملكه يكفي فيه قصد الحيازة او دخول الشيء في حيازته والفرض انه قد تحقق القصد منه
فيكون ذلك نحو دخول الشيء في ملكه وان كان من قصده الشركة التي قد بان فسادها والله العالم ويصح القراض بالمال
المشاع بلا خلاف فيه ولا اشكال عندنا لانه معين في نفسه جامع لشرائط الصحة من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك وغيره
نعم لا بد في مال المضاربة ان يكون معلوم المقدار ولا يكفي معرفة الجنس للنهي عن الغرر ولعدم معرفة الربح من راس المال
الا ان ذلك كله في المجهول الذي لا يؤول الى علم اما ما يؤول اليه ولو بالعد بعد وقوع العقد ونحوه فقد يقال بناء على تحقق
عموم او اطلاق في الباب يشمل المقام ولو فرض عدمه الا ان تكون تجارة عن تراض لعدم ما يدل على اعتبار العلم هنا او البطلان
مع مثل هذه الجهالة والنهي عن الغرر انما هو في البيع اللهم الا ان يقال بان في بعض النصوص النهي عن الغرر فيشمل المقام بل
لو سلم تحقق الاطلاق في المضاربة يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه والترجيح للاول فيتوقف الحكم بذلك بل قد يقال
لا يكفي المشاهدة فيه وان قال بها معظم العامة لانها لا تستطيع العلم بما اشتبه فيه وان حكي عن المرتضى الاكتفاء بها في
المقام بل هو ظاهر قول الشيخ هنا وهو لا دليل عليه على اعتبار العلم في المقام ومن هنا قيل يصح مع الجهالة
ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره بل في ذلك انه في ذلك عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير
تقييد بالمشاهدة وقواه في [illegible] محتجا بالاصل وقاعدة المؤمنون عند شروطهم ولا اثر لانتفاء هذه الجهالة التنازع
بعد ان كان لها القول قول العامل شرعا في قدر راس المال لان الاصل عدم وصول الزائد اليه والتحقيق ان لم يكن اجماع عدم صحة
الجهالة التي تؤول الى علم نحو ان يقع العقد على ما في الكيس مثلا ثم يعد انه بعد ذلك لاطلاق الادلة وعمومها نعم بناء
على عدم عموم او اطلاق يستند اليه في مثل ذلك فلا ريب في ان الاصل الفساد وان الجهالة التي لا تؤول الى علم فالحكم عدم
جوازها لعدم امكان تحقق الربح معها ويعلم هذه المعاملة فتامل جيدا والله العالم وكيف كان فلو احضر مالين وقال
قارضتك باحدهما او بايهما شئت لم ينعقد بذلك قراض للابهام في الاول المانع من تعلق العقد فان المبهم لا وجود
له في الخارج وعدم تعيين العقد مع التخيير في الحال الثاني وليس في الادلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك بل
لعل الادلة قاضية بخلافه ضرورة ظهورها في شخصية العقود وعدم تاثر [illegible] وجعل لهما كاشفا عن مورد العقد
من امثال الاكثر لا دليل عليه لكونه مخالفا للاصل ومن هنا لم يحك خلاف في البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهالة
ولو اشترى بمال القراض ما يعتقد مع جهل المالك كان ذلك فالاقرب [illegible] على المال على اكثر
المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا [illegible] في جامع المقاصد في الاول منهما هل يكون ضامنا للجميع او

٢ يكون ثم

للعقد على مقدوره فلا بد من عدم التمييز واتفق مناطه على هذا الوجه وهو ان النقص بسبب الزائد فلا يجتمع به والاول

اضعف عنه نعم لو كان اخذ الجميع دفعة فالحكم للاول وان اخذ بعقدين ثم اخذ الزائد لم يرجع به ضمن الزائد خاصة ويشكل

بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن الجميع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الآن لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة

لم يعجز وقد صرح فيها بانه لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن اذ العقد على الحفظ ولان علمه بذلك يقتضي الاذن له في

التكسب ثم قال في ذلك وجه بثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد والمراد العجز

عن التصرف في المال والتقليب في التجارة وهذا يحصل حال العقد فلم لم يفرق بين علم المالك وجهله ولو كان قادرا فتجدد العجز

وجب عليه ترك الزائد عن مقدوره لوجوب حفظه وهو عاجز عنه وامكان التخلص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن دفعي

العقد تلك لعل المتحصل من هذه المسئلة الفساد من غير فرق بين حالي العلم والجهل وذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل

على العمل في الصحة بحيث ذكروه في الاجارة ضرورة لغوية النقل مع العاجز عن العمل اذ تمحض صدق هذه المعاملة يتوقف

عن معلومية بطلان ذلك لانه من هو عاجز عن العمل على العمل العاجز عنه اذ هو اعلى بذلك من الوكيل الذي حكموا ببطلانه صريحه

ومنافاته مع عجزه عن القيام فيما به بل التكليف ان الحكم كذلك بتجدد العجز فضلا عما كان حال العقد ومن ذلك يظهر لك سقوط

جملة من الكلمات السابقة بل لعل عبارة المتن وعدم ذلك بناء على ارادة الضمان مع الصحة منها بل يقوى البطلان حتى

مع اذن المالك في التوكيل للغير او الاستيجار فان ذلك فرع صحة العقد الذي قد عرفت اعتبار قدرة العامل على العمل

المعقود عليه بنفسه وان لم يشترط عليه المباشرة على انه لو اكتفى بذلك في الصحة لم يكن للضمان وجه ضرورة اقتضاء

صحة العقد عدم الضمان الا ما خرج كما هو واضح والله العالم ولو كان له في يد غاصب مثلا مال فقارضه عليه صح

ولم يبطل الضمان السابق للاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدم الضمان بل يجامعه كثير

من المنافيات والطهور تولد منه حتى يؤدي بقاء الضمان الى حال التادية التي لم يقع وقوع عقد القراض منافيا كون اليد

في عقد القراض امانة لا منافاة في الضمان من جهة اخرى ورفع اليد عن الغصب ليس حصول الحيلولة للمالك لكن قد تقدم في

كتاب الرهن ما تحقيقه ذلك على وجه يعلم منه قوة عدم الضمان ولو من جهة اقتضاء العقد الاذن في دوام القبض في

ذلك من ان يجري العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بالتراضي ولو حصل زال الضمان والضعف وانه حكي عن

العلامة في كرة مستظهرا لذلك ان كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض فلو قال المالك انا ابقي المال في يدي

وادفع الثمن كلما اشتريت متاعا صح الا انه كما ترى ضرورة عدم منافاة ذلك على تقدير تسليمه لاقتضاء اطلاق العقد

ذلك كما في المكاتبة في عدم دلالة اطلاق العقد على الاذن في الابقاء والعمل به وتقليبه فانه اذا لم يكن كذلك لم يبرأ حتى

في صورة ما اذا اشترى به ودفع المال الى البايع الذي حكم المتن وغيره بل في لك الاجماع عليه بانه متى فعل ذلك برئ من الضمان

لانه قد قضى دينه ايضا للمالك باذنه ضرورة ظهور في ذلك في تحقق الاذن منه الذي هو تعارف نصر بنا بعد ذلك في

كلامه بزوال الضمان معها حتى انه حكي عن بعضهم القول بالعدم وضعفه بانه مع وكيل محض وان كان ليس القبض صحة

انه هو كالوكيل بجعل وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع اطرافه واما القول بعدم الضمان معها ايضا فيه مضافا الى

ما سمعته انه ادى اليه ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى اليد وانا زدت زيادة التحقيق في ذلك فلاحظ

كلمات لنا في كتاب الرهن والله العالم ولو كان له دين لم يجز ان يجعله مضاربة الا بعد قبضه بلا خلاف فيه ولا اشكال لما

عرفت من اعتبار العينية في مال القراض المنافية للدينية وكذا لو اذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد بعد

القبض اذ هو لم يخرج بالاذن عن كونه دينا نعم لو وكله على القبض ثم العقد عليه قراضا فيكون موجبا قابلا عنه فالعقد صحيح

صح

صح بناء على جواز مثل ذلك وفي لك ان في قول المص مالم الى آخر اشارة الى صحة القبض ولو كان مرتبا على عقد فاسد وفيه انه يمكن ذلك مبنيا على

اجازة الفضولي بعد مقدمه على ان الحكم في ظاهر العبارة فرض التصريح بالاذن مستقلا المتحققة في العقد الفاسد والا لم يشكل توزيع لو قال

بع هذه السلعة فاذا نضّ ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال اي الثمن ليس بمعلوم عند العقد ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع

على انه يحصل بل التعليق محقق فلا اشكال في الفساد خلافا لما حكي عن بعض العامة من الجواز ولا ريب في فساده ولو مات رب المال وكان

بالمال متاع فاقره الوارث لم يصح لان العقد الاول بطل بالموت وليس هو مضمونا بالنسبة الى الوارث الذي لم يكن له علقة بالمال حال

العقد بوجه من الوجوه وبذلك افترق من اجازة البطن الاول العين الموقوفة مدة فمات في اثنائها فان الاجارة تقع باجازة البطن الثاني

لتعلق حقهم من الواقف فالاجارة على المدة الزائدة في نفس الامر ما لم يعلم بها حال العقد بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملكه للمال

بالموت ومن فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير لكن الفضولي اجرى العقد عليه بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك ولكن

بالموت ينتقل منه الى وارثه فليس هو في عقده على ماله فضوليا عن الغير الذي لا صحية له حال العقد وكذا اجارة الانسان ماله مدة

مات في اثنائها بناء على انفساخ الاجارة فانه لا يجدي في صحة الاستمرار اجازة الوارث نعم تجري اجارة الوارث في مثل الوصية التي هي

تصرف بعد الموت الذي هو محل تعلق حق الوارث وفي مثل التبرع في المرض الذي تعلق فيه حق الوارث وصحة الاجازة في الاول قبل الموت

انما هو للدليل على انه في التصرف بعده وكذا الثاني الذي قد عرفت الحق فيه وهو واضح بل لا يقع ابتداء القراض في التقرير الذي قد عرفت امتناع المال

فيه بما هو عروض حتى في النقد منه خاصة لعدم ذكر الحصة له وانما ذكرت للجميع الذي منه العروض نعم لو فرض كون المال ناضا واراد التجديد

عليه لم يكن به باس حتى اذا كان بلفظ التقرير لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في مثل هذا العقد والله العالم ولو اختلفا في قدر راس

المال فالقول قول العامل سواء كان المال باقيا او تالفا بتفريط او غيره لانه اختلاف في المقبوض وفي الواصل اليه والداخل تحت سلطانه

بالمتعرف فيه ولا ريب في ان الاصل عدم ذلك بالنسبة الى الزائد بل هو في صورة التلف بتفريط غارم محض والاصل براءة ذمته

فيكون هو المنكر بل ظاهر المتن وغيره ان ذلك كذلك حتى لو فرض ظهور ربح لذلك ايضا لكن قد يشكل بان ذلك يتوقف العامل المدعي

زيادة استحقاقه في المال المشخص بل ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر استحقاق العامل في المال المخصوص ولا ريب في ان القول قول

المالك فيه لاصالة عدم استحقاقه الزائد واصالة عدم ربح للمال وعدم زيادته ولان الاصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك

بل هو كذلك حتى في صورة التلف بتفريط اذ المضمون قدر مال المالك واذا كان الاصل يقتضي كون الجميع له الا ما اقر به للعامل فالضمان

له حينئذ اذ الضمان تابع للاستحقاق ومن هنا جزم في جامع المقاصد بان القول قول المالك في القرض واستحسنه في الرياض ولعل الاقوى

ومن يعلم ما عن فخر المحققين من ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط اذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ولو خلط العامل

القراض بماله بغير اذن المالك خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع لها ضرورة كونه امانة فلا يجوز خلطها كالوديعة على ان الشركة ثم لا يبطل

العقد بذلك فيبقى الربح بينهما على حسب شرطه وان اثم بذلك العامل وضمن هذا كله مع اطلاق العقد اما مع الاذن في ذلك عموما

او خصوصا فلا باس به مع المصلحة في الاخير كما هو واضح الامر الثالث في الربح يلزم الحصة منه بالشرط في هذه المعاملة ان نصفا فنصف

وان ثلثا فثلث دون الاجرة على الاصح الموافق لما هو المحكي عن الجميع عدا من شذ من مشروعيتها المدلول عليها بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن

تراض وغيره وما تواترت من السنة المروية من الطرفين فما عن المفيد والشيخ في النهاية وسلار وابن البراج وكذا ابي الصلاح من عدم

مشروعيتها فليس للعامل الا الاجرة المثل وان وقع من المالك اشتراط الحصة من الربح الا انه مال كما الذي لا يجب الوفاء به معلوم البطلان

ومنافي الفساد نعم لا بد ان يكون جميع الربح مشاعا على جهة الشركة بينهما فلو كان لاحدهما شيء معين منه والباقي للاخر بطل اجماعا

وكذا لو قال خذه قراضا والربح لي فسد قراضا وان كان يمكن هنا ان يجعل بضاعة نظرا الى المعنى اذ قد عرفت انها المال المدفوع

ليعمل به على ان الربح لمالكه بلا اجرة للعامل فيرجح تأكيد في التجارة تبعا لا تختص بلفظ فمع اللفظ المزبور وان ذكر فيه لفظ القراض

الا ان يكون ارادة البضاعة منه ولو مجازا فانه اعلى من الغاية ويكن مع ذلك فيه تردد من ذلك ومن ظهور اللفظ في ارادة المعنى الحقيقي
الذي هو اعم من الصحيح والفاسد وهو ظاهر معنى البضاعة الذي هو الاقدام على التبرع في العمل ولم يصدق الربح فالنتيجة بذلك بوجه ندعي
اتحاد المعنى واضعف الفساد كدعوى كون اللفظ لغوا وكذا لو قال خذه قراضا والربح لك بنية [illegible] قرضا فالربح كله للعامل
ويبني كونه قراضا فاسدا فالربح كله للمالك وعليه الاجرة للعامل الا انك قد عرفت ما يتوجه من كونه قراضا فاسدا كما هو المشهور الا ان
يقيم قرينة حالية او مقالية على ارادة الاقدام على التبرع في الاول وانشاء التمليك للمال في الثاني وكانه لحظ الى ذلك في [illegible] بقوله هنا ومحل
الاشكال اذا لم يقصد القرض او القراض اما اذا لم يقصد شيئا او لم يعلم ما قصد فالاقرب قرضا في الاول وقراضا فاسدا في الثاني بعد
الاشكال لكن لا يخفى عليك انه لا دلالة على القصد الا بظاهر اللفظ والفرض صدور لفظ القراض منه والمتبادر من اللفظ
حقيقته فليرجح ان الحكم عليه بارادة القسم الفاسد منه نعم بناء على اعتبار الشركة في الربح في مفهوم القراض يتجه احتمال ارادة التجوز
منه بارادة البضاعة والقرض لا انا لم نكن اعتبار ذلك في القراض المفهوم ومع الاغضاء عن ذلك كله فالاصل احترام عمل المسلم وماله وعمل
بتبعية النماء للمال لعدم انشاء التمليك بعوض في الذمة وبذلك يظهر لك ما في قول المصنف اما لو قال خذه فاتجر به والربح لي كان بضاعة
ولو قال الربح لك كان قرضا ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدم الا بعموم وجود لفظ القراض فيه ولكن ذلك لا يعين ارادة
القرض والبضاعة منه الا بدعوى انصراف الاطلاق اليهما او حمله عليهما ولولا اصالة الصحة كما هو ظاهر لك الا انه لا يمكن منهما نعم لو قصد
القرض والبضاعة منه لم يكن ثم اشكال بل لا اشكال في جريان الفاسد عليه اذا قصد به فان التصريح بالقراض لا يخفى فيه العقد ليس بشرط
بعد صلاحية العقد له ولو اختلفا في ضميمة اللفظ فتم قول مدعي ما يقع معه العقد لاصالة الصحة وعدم الضميمة قلت لا يخفى عليك
عدم اتيان الصحة بعد تسليم كون نظم اللفظ ذلك ضرورة عدم وجه لمن يدعي خلاف الظاهر بلا قرينة ما الا لهم من ذلك فيما كثير كما انه لا يخفى عليك
عدم كون الثاني من مقام مدعي الصحة والفساد ضرورة عدم اتفاقهما على حصول المعاملة المخصوصة بينهما واختلافهما في الصحة والفساد كي
يقدم مدعيها على مدعيه وانما اختلافهما فان الواقع بينهما قراض فاسد او مضاربة صحيحة نحو الاختلاف فان الواقع بينهما بيع فاسد او اجارة
صحيحة ولعل الوجه في مثله التحالف ثم لم يثبت العقد الصحيح لمدعيه ويبقى على الاصل الذي قد عرفت اتحاده في الحكم مع القراض الفاسد لقاعدة
احترام عمل المسلم وتبعية النماء للملك الا ان يقال ان اصالة الصحة ايضا تجعل نحو الفرض باعتبار اتفاقهما على كون الواقع بينهما احدهما
والفاسد منهما يبقى بالاصل فليس حج الا التصحيح او يقال ان محل الفرض في عبارة لك الاختلاف في ضميمة اللفظ المقتضي للفساد وعدمها
ولا ريب في موافقة الثاني للاصل نعم قد عرفت الاشكال في الصحة مع عدم اللفظ الذي الا ان بدعوى انسياق ذلك من نحو اللفظ عرفا
وهو كما ترى خصوصا بعد ما عرفت من اقتضاء الاصل مع الشك نتيجة القراض الفاسد والله العالم ولو شرط احدهما شيئا معينا والباقي
بينهما فسد لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في الفرض ضرورة اقتضاء النصوص
على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الاشاعة بنحو النصف والثلث والربع وما يؤدي مؤداها ومنها ينقدح الشك في
تناول الاطلاقات له مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطلان ولو لظهورها في اعتبار الشركة الاشاعية في جميع الربح فضلا عن
صريح الفتاوى فحينئذ يبطل القرض وان وثق بالزيادة لعدم اشتراك جميع الربح بينهما ح لو اختص احدهما بشيء معين منه كما هو ظاهر ولو قال
خذه على النصف صح لتبادر كون المراد من هذه العبارة ان الربح بينهما نصفين الا ان المالك لا يفتقر الى تعيين حصته للتبعية وانما يفتقر
العامل الذي ذكر ان النصف فانه المحتاج الى الاشتراك ثم لا نظر فيه في ذلك بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف المذكور للمالك والآخر
لم يذكره اتكالا على التبعية فيبطل العقد ح وافتقاره الى تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه وان كان للمالك الربح
ما لم حصصا بعدما سمعته من امكان تشخيص اصالة الصحة نحو ذلك الا انه يسهل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور منه فهو اختصاص
لا محالة وكذا لو قال خذه على ان الربح بيننا للتبادر المذكور ومن هنا اتفقا على ذكر ذلك واختلفا بالتفاوت يقتضي بالربح بينهما نصفين كما

القراض م
في العقد الباطل فتخر [illegible] احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظرا الى ظاهر اللفظ فترجيحا القسم ولا اختلفا
صح

كا في مقام ذكر غير لفظ الاشتراك اما في [illegible] في الاقرار ونحوه فانه يفهم عرفا منه مع الاطلاق التساوي فالعمل بعض الشافعية من الحكم
بالبطلان لمنع التبادر المزبور فيجهل العقد واضح الفساد والله العالم ولو قال خذه على ان لك النصف صح واما لو قال على ان لي النصف فقيل
لم يصح لانه لم يعين للعامل حصة وقد قيل في وجه الفرق ان الربح لما كان تابعا للمال ما لا اصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها
كان تاكيدا واما تعيين حصة العامل فلا بد منه لعدم استحقاقه له منه فاما اذا قال النصف لك كان تعيينا لحصة العامل وبقي الباقي للمالك
اللفظ بخلاف العكس فانه لا يقتضي ذلك كون النصف الآخر للعامل بل هو باق على حكم الاصل انه يبطل العقد [illegible] ذلك بعد
الانسياق ان يكون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفا فلا فرق بين ذكر النصف للمالك او للعامل فان المراد النصف الآخر
كما هو واضح ولو شرط لغلامه او غلام العامل حصة معهما صح عمل الغلام او لم يعمل بناء على ان العبد لا يملك شيئا فاشتراطه له اشتراط
لسيده والفرض انه احدهما ويجوز تساويهما في الحصة وتفاوتهما بناء على ملكه يتجه فيه ما سمعته من الاشتراط للاجنبي [illegible]
بعدم دلالة الاشتراط للعبد على ارادة الاشتراط للسيد وعدم قابلية العبد للملك لا يصلح قرينة لذلك على انه يمكن [illegible] العدم
ارادة ذلك والمتجه الحكم الآن الاضافات [illegible] بدعوى الانسياق عرفا ارادة المالك على نحو الاشتراط للدابة او السفينة واما لو شرط
لاجنبي ولو كان قريبا لاحدهما فالمشهور انه ان كان عاملا صح الشرط لانه يكون بمنزلة العامل المتعدد وان لم يكن عاملا فسد لان الثابت
من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركا بين المالك والعامل [illegible] ذلك لا بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة
لئلا يتجاوز مقتضاها وانما وصفه بالاجنبي مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد
وهذا المشروط له ليس كذلك وانما اشترط عليه عمل مخصوص بان يحمل لهم المتاع الى السوق او يدل عليه ونحو ذلك من الاعمال الجزئية المضبوطة فلو
جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو احد اركان العقد متعددا وهو غير مخل في الفرض وبهذا يندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافي
كونه اجنبيا قلت قد يقال ان ظاهر النصوص والمتيقن منها كون الربح في القراض بين المقارض والعامل المذكور وان فرض كونه مقارضا له
من تعدد العامل وهو غير [illegible] فيه لذا اعتبر فيه تعيين العمل الذي لا يعتبر مع فرض كونه مقارضا لكان اجنبيا لا يجوز الشرط له وان كان بعض
مقدمات التجارة فان ذلك لا يجعله عاملا بمعنى كونه مضاربا والا لجاز الشرط مع العمل الغير التجارة بل ومع عدم العمل اصلا ضرورة اشتراك
الجميع في الصحيح بناء على ان الاشتراط المزبور [illegible] وفيه وجه آخر بناء على انه ملحقاته في ذلك من جواز الشرط له وان لم يعمل
لعموم المؤمنون [illegible] المشروط يكون للمالك حيث لا يعمل رجوعا الى الاصل لئلا يخالف مقتضى العقد ولا قدم العامل على ان لم ما [illegible]
له خاصة اذ قد عرفت ان ظاهر النصوص والثابت فيها ما سمعت على وجه لا يعارض العموم المزبور [illegible] لمثل المقام والله العالم
ولو قال خذه قراضا ولك نصف ربحه صح بلا خلاف ولا اشكال وانما ذكره مقدمة لقوله وكذا لو قال لك ربح نصفه بناء على ارادة نصف ما يربح
المال مثلا وكذا اذا هو كالاول في المراد وان تغيرت العبارة وذلك لان الفرض اشاعة النصف فكل جزء من المال الذي ربح نصف ربحه
للعامل ونصفه للمالك ولو فرض كون الربح للنصف خاصة كان ذلك هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به ولكل جزء من النصف
الذي ربح بين المالك والعامل لما عرفت من الاشاعة المزبورة وبذلك ظهر لك ان ما عن [illegible] في البطلان واضح الضعف بناء على ارادة
ما ذكرناه [illegible] انه لا ريب فيه خصوصا بعد تعليل البطلان بمنافاته لمقتضى القراض من ان ربح كل جزء بينهما وهنا قد شرط ربح النصف
الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل والآخر بالعكس وربما لا يربح نصفه فيختص به احدهما او يربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة
معلومة ضرورة ظهوره [illegible] من موضوع البطلان ان حصة كل منهما في النصف من حيث النصفية ولا ريب في البطلان مع هذا القصد
وربما كان ذلك هو المنساق في بادئ النظر من مثل اللفظ المزبور الا ان التام الصادق يقتضي بارادة ما ذكرناه اولا فتم والله العالم
ولو قال للاثنين مثلا ضاربتكما بهذا المال مثلا ولكما نصف الربح مثلا صح لاطلاق الادلة والتبرع [illegible] العامل في التعدد [illegible] الجنس
الشامل لما زاد على الواحد والمثال كالمال فانه لا يعتبر فيه الاتحاد [illegible] مضاربة الاثنين لواحد مثلا كما انه يجوز في الصورة [illegible]

كل من مالي العامل وعدمه وبذلك ظهر لك الحكم في جميع الصور المتصورة في المقام كما انه ظهر لك مما تقدم سابقا انه لو وقع عقد المضاربة مع العاملين
على النحو الذي فرضناه صح وكانا فيه الى النصف سواء لما عرفته من اقتضاء الاطلاق ذلك ولو للتبادر نعم لو فضل احدهما صح ايضا عندنا
وان كان عملهما سواء او مختلفا لانه غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير الحصة على الزرع مع ضبط مقدارهما فلا يتعدد ما لو وحد
مع الاثنين كعقدين فيصح كالعارض احدهما في نصف المال المتصف بالربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح فانه جائز اتفاقا كما في (ك)
خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما مع استوائهما في العمل قياسا على اقتضاء شركة الابدان ذلك والاصل والفرع عندنا
باطلان لبطلان ما يحكى عن الجمهور منهم من اعتبار الاستقلال لكل من العاملين في صحة مضاربتهما فلا يجوز اشتراط مراجعة احدهما الآخر
اذ هو كما ترى لا مستند له بل اطلاق الادلة على خلافه فانما الكلام في جملة من الفروع المتعلقة بالمسائل التي لم نعثر على محررها منها
ما لو اتفق فسخ المضاربة بفاسخ قهري او اختياري كان احدهما قد عمل وربح والآخر بعد لم يعمل فهل يستحق حصته من الربح ولو
لم يكن له مال ولا عمل ومنها ما لو قارض الاثنان واحدا بعقد واحد وحصة متساوية منهما الا ان المال كل منهما متميز فعمل باحدهما وربح
ولم يعمل بالآخر او عمل ولم يربح واتفق انفساخ المضاربة فهل يستحق مالك المال الرابح ربح مال الآخر وهل يجبر خسارة مال احدهما
بربح مال الآخر باعتبار اتحاد عقد المضاربة او لا بل هي بمنزلة مضاربتين يلحق كلا منهما حكمها بالنسبة الى ذلك من غير مشاركة للآخر
فيهما من الاتحاد وكذا بالنسبة الى سراية الفسخ او الانفساخ من احدهما الى الآخر لكونهما بعقد واحد فلا يتبعض وان كان الذي
يقوى في هذا الثاني كما ان الذي يقوى في سابقه الاول لانه مقتضى عقد المضاربة الى غير ذلك من الفروع في المقام التي تلحق الصور
المتصورة فيه باعتبار تعدد المالك والعامل واتحادهما والمال وتعدده ومنشأ الاشكال في الجميع اتحاد صيغة المضاربة فتدبر والله العالم
ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك بيمينه مع عدم البينة كما في (ك) لانه منكر للزائد ولان الاصل تبعية النماء للمال فلا يخرج
منه الا ما اقر المالك بخروجه عنه من غير فرق في ذلك بين ظهور الربح وعدمه لكن في جامع المقاصد هذا واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح
لان المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد قبل حصوله فان كلا منهما مدع ومدعى عليه فان المالك يدعي استحقاق العمل المقابل
بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك ويضعف في ذلك بان نقل العمل لا تتناوله الدعوى لانه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه
وكذا قبله لان العقد الجائز لا يستحق به العمل واما المستحق المال الذي حصل للمالك وحقيقة النزاع فيه فيجيء فيه ما تقدم من الاصل
قلت اولا لا ينبغي النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربة ولو بالاشتراط في عقد لازم يتجه دعوى المالك وثانيا انه لا ريب
في ان كلا منهما مدع منكر اذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة من دون اقتضاء الاصل عدم كل من التشخيصين نعم بعد التعارض
الاصل في ذلك يرجع الى اصل آخر ولا ريب في كونه مع المالك لان الاصل عدم استحقاق العامل الزائد نحو ما ذكروه في الاختلاف في
الاجرة في عقد الاجارة والثمن في المبيع مع تلف عين المبيع وغير ذلك من المقامات التي حكموا فيها بان القول قول المالك بل ظهر لك اولوية
ذلك في حال ظهور الربح واما حال عدمه وفرض لزوم العقد فانه وان كان يندفع انه المالك مدعي استحقاق العمل لكن قد يدفع بانهما متفقان
على استحقاقه وانما النزاع في الحصة كالاجرة ولا ريب في ان مدعي زيادتها هو المدعي نحو قطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد المقتضي لها والله
العالم ولو فرض قراضا في مرض الموت وشرط ربحا صح وملك العامل الحصة وان كانت ازيد من اجرة المثل وقلنا بان التبرعات من الثلث
لكن من المعلوم ان ذلك فيما اذا فات سببها على الوارث بخلاف المقام الذي لا فوات فان الربح اثر معدوم متوقع الحصول ليس مالا للمريض
بل هو على تقدير حصوله اثر جديد يحصل بسعي العامل وحدث على ملكه بعد العقد فلم يكن للوارث فيه ما يتعلق حقه به الا من ثلث الدابة
والشجرة ولو قال العامل ربحت كذا ورجع لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى الغلط لسبق اقراره الماضي عليه بقاعدة اقرار العقلاء على
انفسهم جائز وقاعدة عدم سماع الانكار بعد الاقرار السالمتين عن معارضة قاعدة سماع الامين في كل ما يدعيه بعد عدم ثبوت هذا العموم
فيها فانما الثابت المسلم منها ما لم يسبق باقرار وعلى فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة الاقرار عليها فتخص بما [illegible] فيه

فيه من تقديم احد قولي الامينين على الآخر على كل حال ـــــ فلا ريب في تقديم اقراره السابق من غير فرق في ذلك بين تكذيبه وحكاية الغلط عنه
خلافا لبعض العامة بل ظاهر قول المصنف وغيره لم يقبل عدم سماع بينته على ذلك لكونه مكذبا لها باقراره السابق وعموم البينة على المدعي انما هو ظاهر
في كون الدعوى مسموعة لا ما اذا اسقطها الشرع بقاعدة الاقرار فينبغي (ح) شهادة البينة نفسها بلا دعوى ولا ريب في تقديم قوله ٢ فيه فتم
هذا اذا كان ذلك منه رجوعا او دعوى غلطا ونحو ذلك اما لو قال ثم خسرت او قال ثم تلف الربح قبل لانه امين يصدق بالنسبة الى ذلك نعم قيده
في (كرة) فيما اذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق كساد ومالا يقبل ولا باس به والعامل يملك حصته من الربح بظهوره
ملكا متزلزلا ولا يتوقف ذلك على وجوده ناضا على المشهور بين الاصحاب بل لا نجد ولا يتحقق مخالف فيه منا كما في (ك) بل عن (كرة) انهم لا تفاق
اقتضاء العقد والنصوص المتفق على كون الربح بينهما ولا ريب في تحققه بمجرد ظهوره لغة وعرفا وخصوص الصحيح في رجل دفع الى رجل الف
درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل اذ لو لم يكن مالكا لحصته بالظهور
لم ينعتق منه وجه (ح) لذلك الا دخول الحصة في الملك وسراية العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له
من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا يثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون العامل اذ لا مالك له غيرهما اتفاقا ولان العامل له
المطالبة بالقسمة التي هي فرع الملك اذ لا يكفي في استحقاقها مجرد العلقة لانها ليست قسمة حقيقية والملك يقتضي انها حقيقية
لكن مع ذلك كله عن الفخر ومالك ان في المسألة اربعة اقوال وان كان لم يذكر القائل بها احدها انه يملك بالانضاض
لانه غير موجود خارجا بل مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود نعم الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقيق ولهذا
يورث عنه ويضمن حصته من اتلف المال وان كان المالك الثالث الملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث
بعد ذلك شايعا في المال كسائر الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة
جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كالجعالة الرابع ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست
من الاسباب المملكة والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك لكن في (ك) عن (كرة) انه لم يحك عن سائر الفقهاء من
العامة والخاصة القولين الاولين وحصل ان في المسألة قولين احد قوليه ولا مرجع احد المذهبين ووافقنا في الباقي على الاول لكن يدي
لمن نسب اليه هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ فانا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال غير مختص في النقد
فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال والزائد ربح متحقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكا
فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا مع انا ندعي ان لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث
على الشياع اذ يجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال فيكون الملك متزلزلا واستقراره مشروطا بالسلامة وكذا لا منافاة
بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط له فلا يثبت بالشرط
ما يخالف مقتضاه ولان القسمة ليست من العلة في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فله وجه للالحاق بالجعالة كما نبه عليه
في وجه الرابع ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع لانه مترتب عليها ومنه يتضح بذلك كله ان اكثر ما ذكره في (كرة) ومع هذا ان الانصاف
عدم خلو المسألة من اشكال ان لم يكن اجماعا وذلك لان الربح حقيقة ما زاد على عين الاصل الذي هو رأس المال وقيمة الشيء امر وهمي
لا وجود له ذمة ولا خارجا وانما هو من فرض الذهن وبذلك افترقت من الدين الذي هو وان كان كليا الا انه مال شرعا وعرفا موجود
في الذمة بخلاف قيمة الشيء وعدم انحصار المال في النقد بل هو والعرض مال لا يقتضي تحقق الربح حقيقة بعدما عرفت ان حقيقته الزائد
على عين رأس المال المتوقف على تحقق رأس المال في الخارج ولا يكفي فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال والزيادة مع عدم صيرورته بذلك
عين رأس المال نعم قد يطلق على مثل ذلك انه ربح تسامحا بناء على اصل السلامة وامكان الانضاض في سائر الاوقات ونحو ذلك مما يوجب
القرب الى الفعل حيث كانت قريبة الى الملك عليه اسم الربح وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الادلة السابقة المبنية على كونه ملك ربحا

٢ المخالف لما تقدم عليها ثبوت هذا الحال
خصوصا بعد ان كان المشهود به حقا له
فلا ريب في تقديم قوله (م)

حقيقة ولطلب القسمة حقيقة انما يتم الفسخ بعد رضا المالك بالعروض وضمان رأس ماله وهو خروج عما نحن فيه [illegible]
انه بالظهور ملك العامل انعلله بمعنى ان له الانضاض ولو قدر رأس المال فيتحقق الربح ويتبعه تحقق الملك ويورث وبعض الناس
لم يوجب ذلك فان اراد الاصحاب بالملك هذا الظهور وهذا المعنى لكنه لا ينافيه قواعد الشركة والملك يتبعه النماء ولا يفعل ذلك كان متجها
والا فقد عرفت ما فيه انه لم يكن اجماعا بل لعل الوجه في ضعف الاب فالمطابقة بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية فلعله
يملك جزءا من الاب انه موجب الملك نفسه حينئذ فان المسألة محتاجة الى التأمل وحسن التفاوت وكيف كان فتصريح غير واحد من الاصحاب القائلين
بالملك بالظهور ان المراد به ملك متزلزل بل لعله اجماع بينهم وح فيما يستقر به ذلك هل انه الانضاض جميع المال او انضاض قدر رأس المال مع
الفسخ او القسمة او لا معها على قدر الفسخ وبدونه بحيث يقع في التجارة فتلف او خسران سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة او مرتين
او في صفقة او اثنتين في سفرة او سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في مدة ذلك العقد فاذا لم ينفصل شيء فلا ربح وجوه
محل نظر وستأتي بعض احكام ذلك [illegible] وانما يستقر بالقسمة او الانضاض المنضم الى القسمة وتفصيل الحالات في المسألة صور ذلك
لانه ما ينضم الى الظهور انضاض جميع المال او قدر رأس المال مع الفسخ والقسمة او احدهما او بدونهما او ينضم اليه القسمة دون الانضاض
ثم القسمة اما للربح فقط او لجميع المال الاولى ان ينضم الى الظهور الانضاض لجميع المال او قدر رأس المال فقط مع الفسخ او القسمة ولا ريب
في الاستقرار ح ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك الثانية الصورة بحالها لكن مع عدم القسمة [illegible] وجهان
مع عدمه [illegible] ومختارها في [illegible] الاستقرار لان العقد قد ارتفع ورأس المال حاصل ناض فلا يخرج عن كونه وقاية للتعلق بحكم
القراض بارتفاع العقد [illegible] الربح الى ما شرطاه حيث ارتفع العقد والثاني العدم للاستصحاب ولظاهر قوله على اليد ما اخذت
حتى تؤدي ولعله لذلك تردد الفاضل في [illegible] التحرير لكن قد يجاب عنهما بحصول الناقل عن الاصل بارتفاع العقد المقتضي لخروج المال عن
كونه مال القراض فيبقى امانة لان اليد في الاصل [illegible] ضمان فيبقى حكم جهاته لانه وان مع كونه قراضا وبان وضع اليد على حال العدوان
كان في العهدة الى الاداء الا انه لا يلزم من [illegible] الثالث بعينه [illegible] الربح في صورة النزاع والا لا ينتقض بالقسمة قبل القبض وفيه
منع ارتفاع صدق اسم مال القراض عليه فان ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارضا والادلة مطلقة انا لو ضيعة في مال المضاربة
على الربح الذي هو بينهما مع نصيبهما فالمتجه بقاء حكم المضاربة على ما لها خصوصا مع [illegible] نضاض بعض مالها وقلنا بان لها
مطالبة العامل بذلك اذ هو ليس الا لبقاء حكم العقد السابق وان انفسخ وربما يرشد الى ذلك ما تسمعه في الصورة الثالثة بل قد
يقال ان تسليم رأس المال الى المالك انما [illegible] انتهاء على المضاربة والا لزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو تلف المال الجميع في
يد العامل الذي [illegible] وفسخ هو عقد المضاربة ثم تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك والتزامه مناف لظاهر الادلة [illegible] ذلك
ثم لا يخفى [illegible] زيادة [illegible] عروض المضاربة قبل القسمة وقبل الوصول فان الحكم استحقاق العامل فيها على شرط في عقد المضاربة ومن ذلك
[illegible] الوجه الثاني [illegible] الثالثة ان يقع الفسخ والمال عروض كله او بعضه بحيث لم ينض رأس المال فان حصلت القسمة
مع ذلك حصل الاستقرار لانقطاع حكم القراض والاذن على ان العامل هل يجبر على البيع والانضاض فان قلنا به لحكم القراض [illegible]
العمل وان قلنا بالعدم توجه الوجهان السابقان في الصورة الثانية الرابعة ان تكون القسمة للربح خاصة ولا ريب في عدم [illegible] الاستقرار
بل ان حصل شيء من الامور المذكورة يقتضي الاستقرار [illegible] عبارة [illegible] الحكم بالاستقرار بالقسمة فتقابل
الانضاض المقتضي للاستقرار [illegible] كان المال عروضا كله او بعضه فان فيه عدم ايجابها الاستقرار بمجردها [illegible] فسخ القراض
لحاجة الا قسمة الربح [illegible] باعتبار قسمة الربح وجوه [illegible] على ارتفاع القراض
[illegible] الانضاض [illegible] الفسخ [illegible] اعتبار انضاض جميع المال وقد عرفت [illegible] انضاض قدر رأس المال [illegible] يقتضي عدم
الاستقرار الا بحصول الفسخ والمال عروض [illegible] الانضاض على العامل [illegible] فلا ريب [illegible] ما حضر في

ما حضرني من نسختها من عطف القسمة باو ولكنها مع تغيير من الغلط والمنجبر كونها بالواو وح يأتي فيها احتمال البحث السابق الذي ذكرناه في
الصورة الثانية واما الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامهم وظاهرهم عدم الاستقرار فيها وقد عرفت الحال كما انك عرفت الاشارة الى صورة الفسخ
مع القسمة قبل القبض والمتجه حصول الاستقرار فيها بل لعله يتجه القرار ايضا بالتلف من المالك مال المضاربة الذي ظهر فيه الربح لتحقق حق العامل [illegible]
المالك وانفساخ المضاربة ح كالاسترداد المال منه بخلاف ما لو تلفه اجنبي فان الحكم بقاء المضاربة فيما اشتغلت به ذمة الاجنبي كما صرح به الفاضل
في كره والله العالم الامر الرابع في اللواحق وفيه مسائل الاولى لا خلاف ولا اشكال في ان العامل امين بل هو اجماع فلا يضمن ح الا مع
تفريط او خيانة ولو للتعدي فيه بان فعل فيه ما لم يأذن له شرعا فيه ولعل منه السفر بلا اذن من المالك او نهي المالك عنه
ونحو ذلك مما عرفت ضمان العامل فيه وان بقيت المضاربة بل ظاهر الادلة كونه ضامنا للوضيعة التي تكون في ذلك بل صرح بعضهم
ضمانا الثمن الذي يكون للشيء في البلد التي سافر عنها بل قد يقال يتعين ضمانه الوضيعة المتجددة بعد التعدي وبالسفر مثلا ولو تساوى السعر
في البلدين على وجه لو بقي في البلد التي سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة ايضا لا فلا كونها على العامل مع مخالفته لم يكن الوضيعة
سابقة على سفره متعديا وسافر وباع بما فيه تلك الوضيعة امكن عدم الفوات فتم وعلى كل حال [illegible] ثم والخلاف في ان قول العامل
معتمد في التلف لانه امين ذو يد على المال باذن المالك من غير خلاف عندنا بل دعواه التلف بلا تفريط يمكن اقامة البينة عليه او خفي [illegible]
يقبل في الرد فيه تردد من كونه امينا كالودعي ومعلومية عدم قبول قوله [illegible] التكليف بالايتان لاحتمال صدقه فتكليفه ثانيا بذلك من ذلك
او التخليد بالسجن وهو المحكي عن الشيخ ومما [illegible] الملاك [illegible] الظاهر انه لا يقبل لعدم [illegible] البينة على [illegible]
قوله في التلف منه لا يقتضي القبول في ذلك وليس في الادلة ما يقتضي قبول قول الامين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه ومن القياس
على الودعي [illegible] عندنا خصوصا مع الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصة بخلافه في المقام الذي هو لمصلحتهما والتكليف
برد المثل او القيمة برفع التكليف بالايتان والتخليد بالسجن اذ الكلام هنا في القبول وعدمه [illegible] لك من انه اذا
لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في السجن لو اصر على انكاره المحتمل الصدق [illegible] في الغاصب حيث يدعي التلف [illegible]
المقام الذي هو امين الآن يحمل على مطالبته ومطالبته به وان ادى الى الحبس للاستظهار به الى ان يحصل الياس من ظهور العين ثم
يؤخذ منه البدل للحيلولة الآن مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصا من الغاصب وليس في كلامهم تنقيح لهذا فينبغي التأمل فيه [illegible] لا بأس
بالتزامه في المقام والغاصب مع فرض ثبوت العين عنده [illegible] الشرع الا ان يرضى المالك بالبدل ويكون ذلك من جملة التعزيرات الشرعية لكن لا يخفى
عليك ان ذلك كله خروج عما نحن فيه وان كان هو جيدا حيث تكون الدعوى في حصول العين [illegible] صاحب الحدائق من الانكار عليه فانه لا
اني لا اعرف له وجها الى الدعاوى كلها من هذا القبيل في غير محله ضرورة انه ليس [illegible] في معنى الغرامات ونحوها [illegible] في خصوص الدعاوي
نعم فيه ما ذكرناه من ان المراد هنا من القبول وعدمه بالنسبة الى الغرامة ولو فرض [illegible] خصوص العين لا [illegible] ما ذكروه [illegible] والله العالم
المسألة الثانية اذا اشترى العامل من ينعتق على رب المال فان كان باذنه صح الشراء وينعتق قهرا عليه لعدم [illegible] فان فضل
شيء من المال الذي دفعه للقراض عن ثمنه كان هو الباقي قراضا لعدم انفساخ عقده والا بطل القراض لانه [illegible] عقد القراض طلب الربح
فكل تصرف [illegible] ينعتق على المالك لانه [illegible] للعقد من العقد [illegible] اذن المالك
فيه [illegible] العامل بعنوان هذه الاذن لم يكن ذلك من تصرف المضاربة وانما هو من تصرف الوكالة الخارجة عنها [illegible]
استرداد المالك له ويكون الباقي من رأس المال ان كان والا بطلت المضاربة من اصلها هذا كله اذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء اما
لو كان فيه اي العبد المذكور فضل فالمحكي عن بعض انه [illegible] رب المال حصة العامل من الزيادة لتحقق الملك بالظهور
ولا يقدح فيه العتق القهري الصادر باذن المالك الذي مرجعه الى استرداده طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلافها وان سرى على العامل
[illegible] على السراية في مثله الا انه يغرم المالك له نصيبه مع يساره والا استسعى العبد فيه ولكن مع ذلك كله [illegible] الشهيدين

الاجرة لا الحصة لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعتبرة فيه امكان تقليب المال للربح واما الاجرة فهي كاجرة مثل هذا العمل وعلى
تقدير من الحركات والتفريح من المقدمات من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذي هو صحيح باذن المالك في نوع مخصوص فيثبت للعامل عليه الاجرة
كما اذا فسخ المالك قبل ان يشتري العامل وكون ان سعي بشأن وعمل نحو ذلك واما العمل المذكور فهو وان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل ماكان
من المالك من عامل يعتد نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له اجرة مثله بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه فالاجرة ان كان مثله مما يتحمل
الاجرة والا فلا وحكم المصنف ذكره بالاجرة للبيع ابدا في ذلك بل المراد ان كان العمل الاجرة فان الاحالة على اجرة المثل يقتضي ان العمل الاجرة قطعا
الى ان قال وجعلنا الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي يحمله على التبرع ان الاجرة ليست من مقتضياته بخلاف القراض فانه مبني على طلب
العوض من حصة او اجرة قلت هذا خلاصة ما ذكره وفيه ما لا يخفى عليك اولا ان لم يكن اجماع انه لا مانع من جعل هذه التصرف
من مقتضى المضاربة مع التصريح من المالك على جهة ضمان حصته من الربح او يسمى العرف فيها او صيرورته العوض مشتركا بينه وبين المالك بناء
على عدم السراية لاطلاق الادلة بل نقل صحيح شراء العامل اباه الموجب لسراية العتق ايضا على المالك ثم ان في الى اينه مع معرفت سابقا عدم
دليل على اعتبار امكان التقليب في كل جزء من مال المضاربة ثم قد يقال ان ذلك وجه لا يندرج في اطلاق تنا وثانيا بان المتجه عدم الحصة والاجرة
معا بناء على عدم كونه من تصرف المضاربة ضرورة صيرورته بالاذن فيه كذلك دليلا مخصصا على ذلك اذا كانت هي المراد هنا وافادته خروجه من
مال المضاربة التي هو واحد من مال المالك وما ذكره في الاجرة على المقدمات خروج عما نحن فيه ضرورة كون الكلام في الاجرة على نفس العمل كما
ان دعواه الفرق المذكور بين العامل والوكيل كما ترى ايضا اذ هو في عمل العامل فيما يقتضيه من العمل لا في عمل اجنبي خارج عن المضاربة على ما هو
المفروض نعم يتجه احتمال الاجرة باعتبار كونه عملا مأذونا فيه ولم يقل من العامل له التبرع للتوجيه وكالتزويجها مكان العامل للاجرة من غير فرق
في ذلك بين العامل اياه وغيره لا انه لو فرق في المقام بين ظهور الربح وعدمه بناء على ذلك فيجعل الاجرة من الحصة وعدمه فيما لو ظهر الربح في غير محله
بناء على ان ذلك ليس من عمل المضاربة كما هو واضح وثانيا ان ما ذكره من ان ذلك من المالك في قوة فسخ المضاربة ومن العقد قد يناقش فيه
بانه يقتضي انفساخ العقد اجمع لعدم تبعض العقد بالنسبة الى ذلك لا ان المضاربة باقية فيما بقي اذ ليس هو كتلف بعض رأس المال الذي ليس ذلك
فسخا للعقد بل خروج عن قابلية جريان اثر العقد فيه فالاولى حمل المقام منه لا من فسخ المالك في بعض مال المضاربة باشتراك ونحوه
والامر سهل والله العالم هذا كله اذا كان الشراء من العامل باذن المالك وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل ان كان موقوفا على الاجازة
فيصح الشراء ويقع العتق وان لم يكن من المضاربة بناء على عدم اندراج مثله في تصرفها مع التصريح بالاذن فضلا عن الاطلاق ولاحتمال
البطلان وعدم تأثير الاجازة في مثل هذا التصرف المنهي عنه كما انه ضرورة عدم نهي عنه لذاته او لمعنى كان ذلك يترتب عليه الفساد وانما المقدم من تبعه المضاربة
عليه وذلك لا ينافي الفضولية خصوصا اذا كان نقدا وقعه بعنوانها كما هو واضح وعلى كل حال فمنه المصنف عدم الفرق في ذلك وفيما يأتي من الشراء
بالذمة بين العلم بالنسب وحكم الشراء المذكور والجهل بهما او باحدهما لما عرفت من عدم دخول هذا التصرف في المضاربة حتى مع التصريح بالاذن النسبي
الا من ظاهر الاقتضاء الاذن لكن احتمل بعضهم الفرق امالا فيحكم مع الجهل بصحة البيع والانعتاق على المالك قهرا والضمان على العامل للعقد
المذكور وانما يقتضي شراء ما ذكر مع الجهل لا في مثل ذلك لاستحالة توجه الخطاب الى العامل لاستلزامه التكليف بالايقاع كالواهب معيبا لم
يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب والفرق بين المعيب وما نحن فيه بجواز شراء المعيب اختيارا دونه لا يدخل فيما نحن فيه لان الكلام في حالة لا
ربح فيها بعرض انيان العيب على النفس والحال انه جاهل به وانما ربما منه في حالة اخرى لا دخل له في الحكم وبالجملة حكم بصحة العقد التي
يظن فيها الربح وان خرجت على خلاف ذلك بل على صدقه يقتضي كون الحكم هنا كذلك ومن هنا استشكل في المقام ثاني الشهيدين بل قال ويقوى
الاشكال في جاهل احدهما خصوصا جاهل الحكم لانه غير معذور لقدرته على التحفظ بالتعلم متعين لنا اما جاهل النسب فمعذور وبما تقدم كانه في
مع صدق ما الى بطلان البيع في المقام فيخرج من شراء المعيب ونحوه قال فان قيل فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خاليا من الغبطة وانما
العامل مطلوب السلامة وكذا هنا موضع ظن الغبطة قلنا انا قد قلنا لا اعلم الآن تصريحا في حكم ذلك والمتجه عدم صحة البيع وبقاء الاحكام السابقة

السابقة فتلك فيفرق بين المقام والمعيب ونحو ذلك بان شأن المضاربة على الاجتهاد بالنسبة الى العيب وعدمه والى غبنه فيما يعرفه ويقف
ذلك مما يكون في مالية الشيء فالخطأ والصواب فيه حرج كله من توابع المضاربة ضرورة جريانها على المتعارف في التجارات التي لا بد
في اقتضائها ذلك فيما نحن فيه المقام الذي لم يكن حاضرا في الذهن ولا هو من متعارف التجارة فمع فرض عدم كون شرائه من تصرف المضاربة
ولا اذن فيه صريحا لم يكن الجهل به وعلمه موجبا للاذن من المالك ضرورة كون عنوان الاذن في المضاربة لم يلحظ على وجه يشمل المقام
لكن يبعد كون العلم طريقا في المفروض بخلافه في المعيب ومن هنا كان من عنوان الاذن ومن يريد الربح ما سمعته من غير مفروض فساد
البيع فيه نحو المقام الذي قد ظهر من ثاني الشهيدين الاجماع على خلافه حيث نسب الصحة فيه الى جملتهم وان كان قد عرفت ان اندراج ما نحن فيه
على وجه يترتب عليه صحة البيع والانعتاق وان قلنا انه ليس من تصرف المضاربة محل منع فالمتجه حينئذ الفرق بين المقامين كما هو ظاهر المصنف
والفاضل حيث اطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالتي العلم والجهل وكيف كان فهذا كله اذا وقع الشراء بالعين واما ان كان في الذمة التي قد
عرفت اندراجه في اطلاق المضاربة في غير المقام فمنه صح ولو كان لك وقع الشراء للعامل لكن مع باطنا الان يذكر رب المال المضاربة بكون
نفس المال ثمنه فحينئذ وان الزم بظاهر الاذن في الواقع هو موقوف على اجازة المالك فمع فرض عدمها وان كان اداه مقاصة كما هو واضح
وكذا الكلام فيما اذا اشترى من نذر المالك عتقه بعينه صيغة او شرطا بدخوله في ملكه ونحو ذلك من غير فرق في جميع ما ذكرناه وان اطلق هنا حكم
الشراء والعتق على المالك لكن التحقيق عدم الفرق في المسألتين والله العالم المسألة الثالثة لو كان المال لامرأة فاشترى العامل زوجها
فان كان باذنها بطل النكاح لعدم اجتماعه مع الملك كما حققناه في محله وان كان بغير اذنها قيل يقع الشراء ولم نعرف قائله لكونه من نحو
العمل المأذون فيه اذ لا تلف فيه لرأس المال مع امكان طلب الربح فيه فصح كشراء غير الزوج وقيل يبطل الشراء لان عليها في ذلك ضررا
بانفساخ النكاح المفوت للمهر قبل الدخول لا الاصل والنفقة والاستمتاع ونحو ذلك فيكون تقييدا لاطلاق الاذن وهو اشبه
عند المصنف وثاني المحققين والشهيدين ايضا بناء على انه الموقف على الاجازة من البطلان لا هو قطعا حتى منهما وان كان هو محتملا بل حكي
قولا لانه كالقدر مع ان انا لم نعرفه لاحد وان حكي من ظاهر الشيخ لكن الحكم عليه واضح لوضوحه بناء على الصحة لو وقع مع الاجازة وقد
ابطلته بل وان اجازته ضرورة بطلان النكاح ح وعدم ضمان ما فاتها من المهر والنفقة لاستناده الى اختيارها اما على القول بالصحة
من دون الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجية لان التفويت جاء من قبله قال لكن ضمانه للمهر كذلك اما النفقة فيحتمل لانها ليست
بالنسبة الى الزمان ولا هو موقوف باحتمال شرائطها بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين في الزمان المستقبل وهو غير واقع الان الا
ان يقال بان يقيمها على التدريج وهو بعيد والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره جماعة ونحوه في مع صرح قال لا
ضمان على العامل لو اجازت المالكية البيع لما يفوت من المهر والنفقة لان ذلك باختيارها اما على الثالث اي الصحة بغير اذنها كان
عالما لان التفويت جاء من قبله وقد سمعته من الطالب ان اراد ضمان النفقة ضرورة عدم كونها مالا لها قد فوته عليها كما هو واضح
والا لضمنها القاتل للزوج واما المهر فهو وان ارسل ضمانه في كلامهما ارسال المسلمات كالفاضل وغيره بل قد سمعته من الكركي
من كون الحكم بضمانه كذلك لكن قد يناقش فيه اولا بعدم الاذن منها على فرض الصحة ودون ضمان الطلاق وانه لم يكن للحكم بها وجه
ترفع الضمان عن العامل لا يعتقد من جهته ضرورة عدم الفرق بين استفادتها من صريح اللفظ واطلاقه وثانيا بمنع فوات المهر عليها
مع فرض عدم الفسخ من قبلها لكونها مستحقا له بالعقد ولعل مرادهما ضمانه المهر لسيد العبد الذي هو الزوج وهل هو مهر المثل
او الذي هو عنه احتمالان كما انهما يأتيان بالنسبة الى الجميع او النصف مع فرض الحال قبل الدخول وثالثا انه بناء على ان ذلك
اسباب بالضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه اذ لا تفاوت فيها بين العلم والجهل وبالجملة هذا الكلام منها لا يخلو من خصوصا مع بناء الصحة
على حصول الاذن منها الرافعة لضمان العامل وقد ذكرنا التحقيق الحالي في نظير المسألة وهو الفسخ بالرضاع في كتاب النكاح من اراده فليلحظه
كما انه لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه ما لو كان المال لرجل فاشترى العامل زوجته ضمنا حكاه في مع صريحا من انه على الصحة لو كان الشراء

قبل الدخول منصفا المذكور الا في لزوم نصف المهر للزوج وحينئذ فان قلنا بلزوم رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فيرجع به عليه
كالمفسوخ امرأته النكاح بالرضاع قال العلامة يذكى حكم ما بعد الدخول وكانه يريد عدم جريان الرجوع به لانه قد تقرر بالدخول قلت قد عرفت الحال
في ذلك كله خصوصا مع ملاحظة ما ذكرنا في كتاب النكاح فلاحظ وتامل المسئلة الرابعة اذا اشترى العامل اباه او غيره ممن ينعتق عليه
ولا ربح حين الشراء وكان من مال القراض فان كان قد ظهر فيه ربح حين الشراء او بعده وقلنا بملك العامل بالظهور انعتق نصيبه من الربح
عليه وسرى في الباقي ولكن ليس عليه بل يسعى المعتق في باقي قيمته سواء كان العامل موسرا او معسرا بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير
واحد بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه وهو الحجة بعد صحيح ابن ابي عمير عن محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعى في مال الرجل الذي قد ترك الاستفصال فيه عن
ابتنائه على الاعسار مع ان المسئول عنه مطلق الرجل لا رجل مخصوص كي يحتمل علم الامام بحاله بل المطلق فيكون الحكم اعم بالنسبة الى ظهور
الربح حال الشراء وتجدده بعده لكن مع ذلك احتمل او قيل بالسراية مع التقويم على العامل الموسر لاختياره السبب الموجب لها وحمل الصحيح
المذكور على اعسار العامل جمعا بين الادلة او على تجدد الربح بعد الشراء بناء على عدم التقويم عليه فيه لا سيما بل في مع ذلك
احتمال بطلان البيع من اصله لانه مناف لمقصود القراض الذي هو السعي للتجارة القابلة للتقليب للاسترباح المنافي لهذا الشراء المتعقب
للعتق فيكون حينئذ باطلا او موقوفا على الاجازة الا ان الجميع كما ترى اجتهاد في مقابلة النص المعتبر والاجماع بل من ذلك يعرف قوة القول
بصحة شراء الاب المالك مضاربة مع الاذن كما اومأنا اليه سابقا بل قد عرفت ان مقتضى الجميع عدم الفرق هنا بين الربح حال
الشراء وتجدده بعده فانه لا ريب في انعتاق نصيبه منه ولكن في مع ذلك في سراية العتق ح وعدمها وجهان احدهما انه
لاختيار السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق وهو اختيار المسبب وثانيهما لا لان الشراء ليس هو تمام السبب بل
جزئه والمسبب القريب انما هو ارتفاع السوق ولا دخل للاختيار فيه فلا يكون مختارا للسبب لان جزءه غير مقدور … فهو ح
كالارث الذي لا يوجب سراية … فيه ما عرفت من انه ايضا اجتهاد في مقابلة النص والفتوى ومعقد الاجماع التي لم يفرق فيها اجمع بين
الامرين نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء في اطلاق المضاربة مع العلم بالنسبة للضرر على المالك بانتظار سعي العبد الذي قد
يعجز عن الاداء اما الصحيح مختص بحال الجهل والفتوى ومعقد الاجماع لا وثوق بارادة هذا الفرد من اطلاقهما وح فالمتوقف في مثله
على الاجازة لا يخلو من قوة بل … في شيئين احدهما هو انه ربما ظهر من النص والفتوى جعل مناط الحكم للربح … زيادة
على راس المال وعدمها لا ريب في عدم ذلك … امكان زيادة بعض اعيان المضاربة على وجه يملك العامل حصته المتاثر
المحققة في الاب وان لم تزد قيمته فاندرج لا ريب في جريان الحكم المزبور عليه والصحيح منزل على ما اذا كان الاب هو جميع
المضاربة لا ما يشمل الفرض كما انه لا يشمل ما لو زادت قيمة الاب الا انه نقصت باقي اعيان المضاربة على وجه تكون تلك
الزيادة جابرة اما مثل او لا ربح ح والمراد من الصحيح الزيادة التي تكون ربحا الثاني اذا فرض كون الاب احد اعيان المضاربة
ولم يظهر ربح واراد المالك والعامل الانضاض لكن قد يحتمل في اثناء ذلك وجود راغب وتجدد زيادة لبعض اعيانها في
للعامل تاخير بيع الاب اذا اراد المالك تقديمه وجهان اقواهما العدم ضرورة كونه ملكا للمالك الذي هو مسلط عليه ومع تعلق زيادة
بتسلط العامل فلا ريب في ان المالك ح مقدم على العامل لحق ذلك خصوصا مع احتمال الضرر عليه بوجود الراغب لبعض الاعيان
على وجه يوجب العتق وانتظار المالك الى الشيء المحتمل عدم حصوله ولكن هذا الامر من ظهور الربح بعد … ينكشف
سبق ملك العامل بل هو من تجدده باتفاق حصول راغب في بعض الاعيان ان لم يكن … فيجب … ملك
للعامل كما هو واضح والله العالم المسئلة الخامسة اذا فسخ المالك او العامل او هما صح بلا خلاف ولا اشكال لما عرفته من كون العقد
جائزا وكان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما فان لم يكن ربح وكان المال ناضا اخذه المالك ولا شيء للعامل الا ان يكون

ان يكون الفسخ من المالك فان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت عند المصنف وكشف اللثام وحكي … لانه عمل محترم صدر باذن المالك
لا على وجه التبرع ونحيل بانه لم يقدم الا على الحصة على تقدير وجودها ولم توجد فلا شيء له والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء
ودفع بانه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير وجودها استمراره الى ان يحصل وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها فاذا فات
فقد فوتها عليه فيجب عليه اجرة كما لو فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل كما ترى لا ينبغي صدوره من نفيه ضرورة تقتضي ان الماتن
الاجرة لو فسخ وان قلنا العامل المتعقبة ولم يحصل ربح بل … وهو مناف للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق
العامل حصته من الربح ان حصل والا فلا شيء له … منه ما يحكى عن … من ان له الاجرة في الفرض حتى لو كان الفسخ
من العامل نعم قد يقوى بالاجرة فيما لو عمل العامل وفسخ المالك قبل اتمام عمله المحتمل حصول الربح به باعتبار احترام عمله واقدامهما
على الربح المترتب عليه والفرض احتماله فالفسخ تفوت الحصة ويكون العمل على احترامه ورضاهما بهذا العقد الجائز المسلط على
الفسخ في جميع الاوقات لا ينافي ثبوت الاجرة له من جهة اخرى كما حمل عليه عبارة المتن على ذلك كما ان منه يعلم … فيكون من
الوقف بين صورتي الفسخ قبل الانضاض وبعده وكيف كان فلو كان بالمال عروض بعد الفسخ قيل كان له ان يبيعه من دون
رضا المالك وان لم يكن ظهر فيه ربح لتعلق حقه به واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح وفيه انه لا حق له مع
عدم الربح والاحتمال المعارض باحتمال النقصان للمال لا يكفي في دعوى تعلق الحق كما هو واضح نعم في ذلك الكلام الاتي بعد
المذكور موجود بالفعل توجه الجواز لانه في قوة ظهور الربح مع امكان المناقشة فيه ايضا اولا بمنع كونه في قوة ظهور الربح المتوقف
صدقه عرفا على زيادة قيمة المال في نفسه او مع ملاحظة الثمن من الراغب لا وجود له وان لم تكن … منه ذلك خصوصا اذا حصل الزبون
بعد الفسخ وثانيا بمنع تسلطه على ذلك في صورة ظهور الربح الذي لا يتحقق الا بكونه شريكا ومن المعلوم عدم سلطنته على
بيع مال الشركة بغير اذن الشريك وبذلك ظهر لك ان الوجه المنع من البيع مطلقا لقاعدة منع التصرف في مال الغير بغير اذنه
ومن هنا … انعكس الحال بان الزم المالك بالبيع قيل يجب عليه لان حق المالك لانه اخذه نقدا فيجب ان يرده كما
… اطلاق قوله … على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولحدوث التغير في المال بفعله فيجب رده وفيه منع دلالة الخبر على
على وجوب رد المال الماخوذ بالاذن … المتغير بها كما اخذه … الى انه لو صرح انه لا يجب عليه الاجابة
هنا … في صورة عدم ظهور الربح اما مع ظهوره فكان المال مشتركا وطلب المالك انضاضه … وكذا يجب
الاجابة على العامل لان استحقاقه الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض … يقتضي
سقوطه وقد تقدم سابقا ما يعلم به … المالك على القول به … على انه بالفسخ يحصل انتهاء المضاربة … بنحوه
ح الشركة بين المالك والعامل باعتبار حصته من الربح المفروض ظهوره … الفسخ وكل ما يتجدد ح من تلف وضمان
فهو ح عليهما لا يختص به الربح بمجرد عدم وجوب اجابة العامل للانضاض وان الزمه المالك به لعدم ضمانه ما
يعرض مع عدم وجوب الارجاع نقدا كما عرفت ومنه يعلم ايضا الحال فيما لو طلب العامل البيع خاصة الذي ذكر
في … في وجوب اجابة المالك له وجهين ضرورة كون المتجه ح بناء على ما ذكرنا عدم الوجوب بل … حتى على القول
الاخر لامكان وصوله الى حصته بقسمة العروض والارجاع نقدا انما هو حق المالك فله اسقاطه ولان حال
العامل لا يزيد على حال الشريك الذي من المعلوم انه لا يجب اجابة شريكه الى البيع نعم ذلك مع طلب العامل البيع في
الحال اما لو طلب تاخيره الى وقت متاخر كموسم متوقع فليس له قطعا … كالقطع بعدم ثبوت تسلط العامل
… على ملكه على الانضاض او غيره ومما ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل في هذه الصورة اما …
… بل ينبغي الجزم بعدم استحقاق الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه وبعدم وجوب اجابة المالك … لان المانع من قبله

هذا ٢

كما هو واضح ولو كان لبعض المال ناضًا فان كان بقدر راس المال لا يجبر عدم اجبار العامل على انضاض الباقي لرجوع المال الى المالك
كما كان والحصة لو كان زائدا او كان ناقصًا فوجهان من توجه جبرنا اجباره على انضاض قدره لو قلنا باجباره على
الانضاض فيما سبق قلت لكن قد عرفت الحال فيه لك ولكن على وجه يتبين لك ان جميع ما في المسالك هنا غير منقح فلاحظ
وتامل وكيف كان ففي المتن وغيره انه ان كان المال سلفا كان على العامل جبايته وان فسخ المالك وكذا لو غرم من الدين
المأذون فيها لاقتضاء المضاربة رد راس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال ولان الدين ملك ناقص والذي
اخذه ملكا تاما وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي ولكن فيه ما عرفت من ان الاصل البراءة بعد عدم دلالة الخبر المذكور
على ذلك بعد فرض وقوع الامانة باذن المالك وانفساخ المضاربة فالمتجه حينئذ عدم الوجوب معه نعم ايضا ما فعل
المص وغيره وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان لوارثه الزام العامل بالبيع الا اذا عينه الوارث بل هو مما ذكره سابقًا
من ان الوجه المنع ضرورة عدم الفرق بين الفسخ الاختياري والقهري فليس له التصرف الا باذن المالك من غير فرق بين ظهور
الربح وعدمه كما ذكرنا الكلام فيه مفصلا والله العالم وفيه قد قلنا في وهما ذكرناه من عدم جواز البيع الا بالاذن لبطلان
العقد وقد استوجهه لك دهر فيحمد والله العالم المسألة السادسة اذا قارض العامل غيره فان كان باذن المالك
مشترطا الربح بين العامل الثاني والمالك صح لانه يكون حينئذ بمنزلة الوكيل عن المالك فيخلعه وسبق عقد القراض معه لا
ينافي ذلك بل لا يقتضي فساده لعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني وامكان ان يلاحظ فسخه
شيئا من الربح بعدم العمل منه اما لو فرض عمل كل منهما صح واخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له وعلى كل حال
فلو شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح لانه لا عمل له وابتياع عقد القراض ولو بالاذن من الحصة التي جعلها المالك ليس من اعمال
التجارة التي شرع جعل بعض الربح عوضا عنها فلا يصح اشتراط شيء من الربح له حتى لو اذن المالك له في ذلك فان اذنه لا
تفيد في شرعية ما لم يشرع اللهم الا ان يدعى دخول مثل ذلك في عمل المضاربة المشرعة لانه مما يترتب عليه ربح المال لانه
داخل في عمل التجارة والتكسب خصوصا مع التصريح به في ضمن عقد هنا وفي ذلك اذن المالك -- للعامل في
المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني والعامل الاول ملغا وذلك بمنزلة وكيل المالك تماما وقد يكون بمعنى
ادخال شاة معه وجعلهما عاملين وقد يكون بالاعم الى ان قال بعد الاعتراف بان مراد المص هنا الاول ولو كان الاذن بالمعنى
الثاني او بالاعم وجعل الثاني شريكا له في العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع في الاول وهو عدم العمل قلت لكن يكون ذلك
فسخا للمضاربة السابقة وانشاء حينئذ للعامل باذن المالك او ان المضاربة الاولى بحالها ولكن الحصة التي للمتروك
للاول في المعنى مشروطة باستقلاله بالعمل اما مع فرض وضع شريك معه فلا يكون حينئذ شريكا ثانيا مع الاول لعامله المالك
في حصته الاول لمضاربة على تلك المضاربة الاولى بلا فسخ لها ولا مانع من ذلك وجهان وتحتمل كلام تحرير لذلك لما اقتصر
على الصحة معللا لها بانتفاء المانع وانت خبير بان انتفاء المانع الاول لا يكون مقتضيا للصحة هنا وكيف كان فلو كان
بغير اذنه لم يصح القراض الثاني وفي خبر محمد بن عيسى المروي عن نوادره ولده سئل ابو جعفر عن رجل اخذ مالا مضاربة ايحل له ان
يعطيه غيره باقل مما اخذ قال لا ولكنه فضولي ان اجاز ترتب عليه حكمه والا بطل القراض فان فرض حصول ربح كان نصف
الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول بناء على ان القراض كان كذلك وعليه اي العامل الاول اجرة العامل الثاني وجها
ضامنا على العمل الذي كان قد وقع القراض فيه وحينئذ ما شرط له اذ ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمل بنفسه حتى
الاكتفاء بتبرع عنه وباجرة ونحوه للعموم وقيل والقائل بعض الشافعية النصف الاخر للثاني ايضا لا ربح ما ملكه ولا عمل
من الاول والثاني فيما دفعت منه وقيل كما عن بعض اخر منهم ايضا انه بين العاملين ويرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة
لانه قد فات عليه من نصفه ما جعل له من الربح ولهم وجه رابع على ما حكي وهو ان جميع النصف للعامل الثاني عملا بالشرط ولا شيء

ولا شيء للاول اذ لا ملك له ولا عمل وما لك الحسن لما عرفت ولما فيه من عدم اجازة المالك اذ هي انما القراض تاما وقع
منه من الشركة والبيع فهو باذن العامل الاول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه فهي كما هنا لك ان العامل الثاني
اقصر بغيبات انه مقارض وقد بان فساده استحق على من غره اجرة المثل وفساد القراض لا يقتضي فساد الاذن الحاصل
من العامل في العمل كما عرفت لكن ذلك كله تبد لها هنا لا فقط الى ومن ذلك يظهر لك ضعف الثاني ضرورة عدم استحقاق
المالك لها مع عدم فساد القراض الاول وصيرورة عمل العامل الثاني للاول ولو بغرم الاجرة له وكذا الثالث فان كونه بين
العاملين مع فساد القراض غير متصور اللهم الا ان يدعي ان العامل الاول له المضاربة بعينها التي له بما له من الحصة فاما
نوى انه قد جعل له النصف من المجموع المودع عليه وعلى المالك الذي لم يحصل منه ما له ومع ذلك يرجع الى المالك الا انه
لعدوله اياه يغرم له الاجرة وهو بمقتضى وجه الرابع المبني على تنزيل النصف على ما جعل له الا الموضع هنا ومن المالك لكن
الجميع كما ترى ضرورة عدم صحة المضاربة له من حيث اذن المالك ولو بالتنزيل في حصته فيتوجه ذلك منه مقابلة غير
مشروعة هنا ولكن في ذلك ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها اصلا عن احد منهم وان كان حكم التبعيد يقبل وقيل فلا عمال
هو وجه للشافعية ذكرها المص والعلامة في كتبه ونقل الشيخ في ط قسما منها بطريقة اخرى غير منقحة الى ان قال كالتفصيل ٢ تبعًا
والتحقيق في هذه المسألة المرتب على اصولنا ان المالك ان اجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجزه
بطل ثم الشركة ان كان بالعين وقف على اجازة المالك فان اجاز فالملك له خاصة ولا شيء لهما فالربح اما العامل فلعدم
العمل واما الثاني فلعدم الاذن له ولكن له اجرة مثل عمله على الاول مع جهله لا مع علمه فانه كان الشراء في الذمة وتوى
صاحب المال فكذلك وان نوى عن عامله فيقع الشراء له لانه وكيله وان لم ينو شيئا او نفسه فالعقد له وضمان المال عليه
لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاول مع جهله انه يتعد مقتضى
المضاربة ثم انهما قبل ذلك قد اطنبا في ذكر حكم الضمان لو تلف المال في يد العامل الثاني وذكرا جملة من احكام الغصب
ولا يخفى عليك خروج جميع ذلك عما نحن فيه ضرورة كون المراد بيان حكم القراض الثاني فيما اذا دفع المال وهو لا يستلزم
تسليم المال اذ يمكن تراضيه وتسلم المال في يد العامل الاول كما انه لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه عدم الفرق
فيما اوقعه العامل الثاني باذن الاول وان لم يحصل قراضه بناء على ان للعامل الاول الاذن لغيره في العمل وان فساد قراضه
لا ينافي في ثبوت الابتداء في ذلك كما في غير هذه الصورة مما فسد فيه القراض فانه يثبت للعامل اجرة المثل والحاصل ان
للمالك وكيهما لا لبقاء الاذن مع فساد القراض وما نحن فيه ذلك من الترتيب مع خروج هذه الوجوه عن اصولنا
مع تصريح المص بحسن الاول منها بل موضوعية من الصحة البيع وملك المالك النصف وعدم ذكر الفضولية هنا في شرع ما فعله
العامل الثاني وتحمله ما هو كالصريح في ان موضوع المسألة عنده غير ما ذكراه وان احتمله هما بنحو ما مضى هنا لكن الا
عدم وروده عليه وعدم مدخليته لكثير مما ذكراه في فرض المسألة كما لا يخفى على من لاحظ المقام وتامل والله العالم المسألة ٢ هنام
السابعة اذا قال المالك دفعت اليه مالا قراضا فانكر العامل فاقام المدعي بينة على انه دفع اليه مالا قراضا فادعى العامل التلف
حكم عليه بالضمان وكذا لو ادعى عليه وديعة او غيرها من الامانات لثبوت كونه خائنا بانكاره المال الذي قامت البينة عليه
والحكم هناك بعد ثبوت ذلك بعد تلفه ولا ريب في كونه خيانة بل قد يقال انه لم تقبل دعواه حتى لو اقام بينة على تلفه منه بلا تعد
ولا تفريط لتكذيبه اياها بانكاره اصل التعلق الذي هو اقرار في حقه ومن هنا قيل ان الاصل يقتضي بعدم قبول دعواه لكن في ذلك
ان عبارة المتن اجنبية منها لاستلزام عدم القبول حبسه الى ان يدفع العين ويمكنه ما لعله الا ان يتكلف بحمل ما تقدم من حبس
مدة يظن فيها اليأس من وجدان العين وفيه ان المقصود عدم قبول دعوى التلف التي كان يقبل منه سابقا بيمينه في اسقاط الضمان عنه

وامّا التكليف بالعين نفسها مع بقائه فلعله مقصود لها فليس بتغير المتن بالضمان نعم لا يمنع ذلك ضرورة عدم تعلق الحجر عليه
بالنسبة الى غيره من بعد استيلاء دبيبي او بيّنة او حبس او نحو ذلك وعلى كل حال فهذا مقام آخر نعم ما فيه بحث في
الغاصب ونحوه هنا كلما انه كان حاله في الدعوى الاولى فانا سمعت انا لو كان معاً بر لا يستحق عنده شيئا ونحوه ايمن ملفقات
البيّنة على دفع المال اليه قراضا لكن ذلك اتم من ضمانه بل لعله اقوى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه لعدم التنافي بينه وبين
كلامه الاول كما هو واضح المسألة الثامنة اذا انفسخ القراض او بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح
الذي هو وقاية لرأس المال لشرع المضاربة وفي عرفها وكذا لو تلف قبل ذلك كما لو اشترى في الذمة فانه حينئذ تلف
المال ودفع الثمن عنه فان القراض يستمر ويكون جبره بالربح المتجدد وكون لعلها تتردد عند المص مما عرفت من ان التلف
قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال القراض الا ان الاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال القراض هو العقد
لا دورانه في التجارة فمتى تصور بقاء العقد جبرت الربح ما تلف منه بلا تجدد على ما يبقى به جبر جميع ما يجد على المال
من اول تسليمه الى انتهاء المضاربة من غير فرق في النقصان بين انخفاض السوق والغرق والحرق واخذ الظالم والسارق
وغير ذلك مما هو بآفة سماوية وغيرها فما عساه يتوهم او قيل من اختصاص الحكم بما لا يتعلق به انفسه بذمة المتلف
لانه حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة الى الجبر ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض
السوق ونحوه لا ينبغي ان يصغي اليه كما عرفت نعم لو فرض حصول العوض من المتلف كان العوض من جملة المال واشتد اهمال ٢ المتقدم
المسألة التاسعة اذا قارض اثنان مثلا واحدا مثلا وشرط له النصف منهما تفاضلا في النصف الاخر مع التساوي
في المال او تساويا فيه مع التفاوت في المال كان فاسدا لفساد الشرط المقتضي زيادة لاحدهما على الاخر مع تساوي
المالين او التساوي مع التفاوت في المالين بلا عمل من ذي الزيادة ضرورة كون العامل غيرهما وقد عرفت سابقا عدم
جواز ذلك في الشركة فكذا هنا اذ لا فرق بين امتزاج المالين وعدمه ولكن قال المص هنا فيه تردد ولعله من ذلك ومن
احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل بمعنى انه نقصانا قد شرط له في العمل بماله اقل مما شرط له الاخر ولا ريب في
جواز ذلك ضرورة عدم المانع المزبور منه لامكان ان تحمل المسألة مع الاطلاق الذي هو كما يحتمل ذلك يحتمل كون تمام الاخر
ولا ترجيح لانا نقول ان اصل القسمة يرجح الاول بل لعله كذلك حتى مع فرض عدم خطور هذا التفصيل في ذهنهم
حملا لفعل المسلم على الصحيح في نفس الامر نعم لو صرح باستحقاق العامل من نصيب كل منهما نصفا اتجه الفساد بناء على
ما سمعته في الشركة مع انه قد يقال بالصحة ايضا هنا بدعوى كون ذلك من عمل المضاربة كما يؤمي اليه ما عساه يستفاد من الاطلاق
عبارة المتن وغيره من عدم الفرق في الحكم المزبور بين امتزاج المالين وعدمه كما يقتضيه الحكمي لخبر من لا ريب في استحقاقها
كل منهما فيربح مال الاخر المفروض تجرى مع انه قد يختلف قلة وكثرة بل قد يحصل الخسران في احدهما دون الاخر لو يجب فيه شيء لا
تقتضيه الضوابط بل هو لذلك كالتخليص لانه صرف كون الجميع مال المضاربة واحدة ولذا جعل الربح بينهما نصفا ولكان ذلك
ونحوه من مقتضى عقد المضاربة فلتقتضي هنا التفاوت في ربح النصف وان تساويا في المال او التساوي فيه مع التفاوت
فيه ويكون ذلك من احكامها نحو ما لو قارض ان واحدا مثلا اثنين مثلا على التفاوت فيما شرط لهما من الربح حتى وان كان
المشروط الاكثر الاقل عملا للاطلاق الادلة حتى فان المالك فلم يجوز التفاوت بينهما متقدم الكلام فيه سابقا المسألة العاشرة
اذا اشترى عبدا مثلا للقراض فتلف الثمن قبل دفعه قيل والقائل الشيخ في محكي ط يلزم صاحب المال ثمنه دائما ويكون الجميع رأس ماله ويجب
التالف منه بالربح وقيل ما القائل ابن ادريس فيما حكي عنه ان كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك وان كان باطلا ولا يلزم الثمن
لاحدهما وقد عرفت فيما مضى تفصيل الحال من انه ان كان الشراء في الذمة باذن المالك لزمه دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما

وامّا الاول فانه صح بكون الشراء له وقصده لا جانبه فان اجاز لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل ظاهرا مع فرض
كونه قد نوى المالك والا فواقعا ايضا وان كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد وهذا كله واضح نعم في كلامه بعد ذكره رجوع ذلك
تاملا وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع رأس ماله يجبر جميعه بالربح وهو حينئذ في غير صورة العين اما فيها فلا ربح من اشتراه
ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة على الثمن المدفوع الثاني الا ان يدعى ان الرضى بشراء العامل له بعنوان المضاربة فيجري مجرى اجازة المالك لذلك
يلحق الثمن حكم المضاربة ولكن الانصاف عدم خلوه عن الاشكال ايضا المسألة الحادية عشر اذا نض قدر الربح فطلب احدهما القسمة لعدد
الربح فان اتفقا صح لانحصار الحق فيهما وان امتنع المالك لم يجبر الاخر من الفرد عليه لاحتمال الخسارة في الاثناء فيحتاج الجبر اما العامل
فقد يظهر من العبارة ان له الامتناع لانه متى احتاج الى الجبر احتسب على المالك لكن قد يقال ان امتنع احدهما لم يجبر على القسمة دفع ضررا اما
المالك فظ واما العامل فلانه لا يأمن ان يطرأ الخسران وقد اتلف ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ما وصل اليه بالقسمة وفي ذلك ضرر ضع
كون ذلك ضررا ضرورة امكان المحافظة عليه بعدم التصرف بل لو فرضها يكون عليه ضرر لانه في مقابل ما تصرف فيه واتلفه العامل وعلى كل حال
فلو اقتسما وبقي رأس المال معه اي مقدار فخسر رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح ومما يصيبه من الخسران لان الاقل ان كان هو
الخسران فلا يلزم من سوى جبر المال والفاضل له وان كان الاقل هو الربح فلا يلزم الجبر الا به وكذا احتسب على المالك اقل الامرين من رأس المال
هذا هو الظاهر من العبارة بل جزم ثاني الشهيدين لكن عن الشهيد ان المردود اقل الامرين مما اخذه العامل من رأس المال لا من الربح فلو كان رأس
المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون هي من الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى رأس المال نسبة السدس فالعشرون المأخوذة
سدسا الجميع فيكون خمسة اسداسها من رأس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف
سدس العشرين وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال فاذا خسر المال الباقي رد اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث
والعامل له عليه كما قيل حكم بان المالك انما اخذ من المال شيئا وقد ظهر يجبر بحسب ما اخذه منها على هذه النسبة واحسن في ذلك بان
المأخوذ وان كان مشاعا الا ان المالك والعامل انما ارادا به الربح وحيث كان المال ناضا فيها فالتمييز منوط بهما لو كانا نيخل في ذلك
من رأس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه لان المالك لم يأذن الا في التصرف في الربح ولم تقع القسمة ولا اتفاق الا عليه الى انتقال
وانه فتوقف رد العامل رأس المال على ظهور الخسران بلا وجه له لانه لا يملك شيئا من رأس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك
فلا يكفي بعيد لان المالك لا يأخذ على وجه القسمة وانما يأخذ ما يجده ملكه فاذا كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة
المأخوذ فيحسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى فيكون ذلك الربح المأخوذ على الاصل والربح وان هذا من اخذ العامل الذي لا يستحق
الا في الربح ولا يقاسم المالك الا عليه خاصة قلت قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخيص الربح من رأس المال باتفاقهما على انه ربح لعدم
دليل على ذلك والاصل بقاء الاشاعة حتى يتضح المضاربة ويتم المالك رأس ماله وح يتجه كلامه ثم يشكل بانه لا دليل على استقرار
ملكها للحصة من الربح بذلك ما دامت المضاربة غير منفسخة حتى لو رضي المالك بان يكون الباقي رأس مال فانه لا يلتزم بذلك بل له الرجوع
عنه لعدم استقرار كون ذلك ربحا الى ان ينتهي عمل المضاربة بالفسخ او الانفساخ كما تقدم الاشارة الى ذلك فيما تقدم نعم لو الاتفاق على
التصرف في المقدار الذي تراضيا عليه سواء اوجبا معه صورة القسمة او لا بوضعهما في ما يتبعه من رأس المال لكون تصرف العامل فيه بوضعها
المالك كان له ان لم يكن ثم ربح الكل الا انه يتجه ان ذلك من المالك فسخ للمضاربة فيما يخصه من رأس المال لانه برضاه قد اخرجه من المضاربة حتى
الذي قبضه العامل فيستقر ملكهما على ما خصه ذلك من الربح لانفساخ المضاربة كما تعرفه انشاء الله في المسألة الرابعة عشر وبه ح يتم كلام الشهيد
ثم جيدا كما انه ينبغي ان تتم فيما سمعته من ان للمالك والعامل الاتفاق على تشخيص الربح من رأس المال الحاضر اجمالا على انه شاع مع بقاء المضاربة
على حالها بعين ان ما قدر رأس المال وما شخصاه ربحا وهو المحتاج الى التأمل والله العالم المسألة الثانية عشر لا يصح ان يشتري رب المال
من العامل شيئا من مال القراض بلا خلاف ولا اشكال لانه ماله ولا ان يأخذ منه بالشفعة لذلك ايضا بخلاف المكاتب فان للعامل الشراء من المالك

ولذا لا أخذ بالشفعة منه كما هو واضح لكن في تعدد وان ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه ولعل المراد اذا كان الربح ظاهرًا وقت الشراء لعدم
جواز شراء ملكه أما اذا تجدد فانه حر له والثمن صار من الحلال مال المضاربة كما هو واضح وكذا لو ظهر في المال ربح جاز للمالك شراء ما
يخص العامل بناء على ملكه بالظهور وان كان متزلزلا فان تزلزله لا يمنع من بيعه بل يقوى في النظر صحته للنماء وان تجدد الخسران بعد ذلك واحتاج
الى الجبر يجبره بقيمته كما لو تلفه وربما احتمل انفساخ البيع لكنه في غير محله واما الأخذ بالشفعة فلا كلام فيه لو كان ذلك بعد ظهور الربح على نحو
ما سمعته في شرائه لكن قد يقال تشريع ذلك فيما لو كان الربح مقارنا للشراء فضلا عما لو تجدد لعموم ملك العامل حينئذ بعض الشقص بالشراء
بل هو بالشراء الحاصل في المضاربة ملك شفعته حينئذ فيما ملكه بذلك وان صار شريكا مع المالك لم يقاسمه الا انه ليس بالشراء الذي هو سبب
الشفعة والله العالم وكذا لا يشترى من عبده القن الذي قد عرفت في حكمه انه لا يملك شيئًا ولا بيع الا في ملك من غير فرق بين المأذون
وغيره لكن عن الشيخ انه حكى قولا بأن المأذون اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه وهو قول لبعض الشافعية لانه لا حق للسيد
فيه وانما هو حق الغرماء وفساده ظاهر كما ذلك قال فان استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروج ذلك عن ملك السيد كتعلق
حقهم بمال المفلس فللسيد اخذه بقيمته لانه احق بماله مع بذل العوض لان ذلك لا يقتضي بيعًا كما يأخذ العبد الجاني مخيرا بين
قيمته وعلى كل حال نعم الشراء من المكاتب المطلق والمشروط لان ما في يده ملك له وسلطنة المولى قد انقطعت عنه فساوى غيره
من الملاك ولهذا لو اوصى بعتقه لم يكن للمولى ما في يده وان كان الملك في المشروط اضعف منه في المطلق من حيث امكان رده في الرق اجمع
فيرجع ما في يده الى ملك السيد ولكن ملك المطلق الذي يحسب ما في يده من مال الكتابة لو احتيج اليه والله العالم المسألة الثالثة عشر يحسب م
اذا دفع مالا قراضا وشرط ان يأخذ له بضاعة قيل كما عن الشيخ فيه لا يصح لان العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا
فيفسد الشرط ويتبعه العقد ولان العامل حينئذ يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل
الحصة وقيل يصح القراض ويبطل الشرط خاصة لان البضاعة لا يلزم القيام بها فلم يفسد اشتراطها بل يكون لاغيا لمنافاته العقد
ولو قيل بصحتهما معا كان حسنا لإطلاق وعموم المؤمنون عند شروطهم وتجارة عن تراض وغيرهما والقراض انما يعتبر فيه الادلزم
بذل عمله نفسه عن جزء من الربح لا مطلق العمل وانه لم يكن من القراض ولكنه قد اشترط في عقد القراض ثم يبقى الكلام في معنى صحة الشرط
في العقد الجائز الذي قد تقدم البحث فيه سابقا لكن ندقق في خصوص المقام الذي هو شبه المعاوضة وان لم يجعل الحصة المزبورة للعامل المال م
الا في مقابلة اخذ البضاعة انه لو ربح ولم يف بالشرط كان للمالك الفسخ ورد اخذ الربح كله وللعامل اجرة المثل في وجه ولا يستوي لا في
اخذ الا انه لا ترى لا ينطبق على القواعد وعلى ما اشتهر فيها بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة وانها حالها كالوعد وليس
ما ثمرة الشرط فيها ما ثمرته في العقد اللازم من التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء بل الذي هو واجب على من اشترط عليه لعموم الامر بالوفاء
في العقد ثم جيدا احضر ما في مع صدها فانه لا يخلو من تأمل وقد تقدم منا سابقا ما ينفع في المقام المسألة الرابعة عشر اذا كان مال
القراض مائة مثلا فخسر عشرة مثلا واخذ المالك منه بعد الخسارة عشرة مثلا ثم عمل بها بقي الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين
الا تسعا فان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فاذا المال في تقدير تسعين فاذا قسم الخسران وهو عشرة على تسعين كانت
حصة العشرة المأخوذة دينارا وتسعا فيوضع ذلك من رأس المال ويجبر الباقي لان الربح انما يجبر خسران المال الذي هو اعمال
المضاربة لاجله الخسران فاذا اخذ المالك شيئا بعد الخسران كان من جملة رأس المال الذي يلزمه بحصته من الخسران فيسقط من
اكمل الخسران لا يجبر غير المال الذي ربح مال المضاربة الباقي في يد العامل ضرورة ان اخذ المالك العشرة منه اخراج لها عن
ما رابطا للمضاربة فيها فلابد ان يتبعها ما يخصها من الخسارة السابقة على اخذها والضابط في معرفة ذلك نسبة المأخوذ الى الباقي في
وتوزيع الخسران عليه اجمع على مقتضى نسبته فهي المقام نسبته تسع فيخص تسع العشرة التي هي الخسارة وهو واحد وتسع فيبقى منها
تسعة الا تسع بجبر الربح المتجدد ولو فرض انه اخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة بقي رأس المال خمسين لان اخذ النصف

موجودة ويبقى نصف الخسارة وهو خمسة وهي التي تؤخذ من الربح المتجدد ولو فرض وكذا في طرف الربح بمعنى انه يحسب المأخوذ من رأس المال
والربح فلو كان المال مائة وربح عشرين فاخذها المالك بقي رأس المال ثلثة وثمانين وثلث لان المأخوذ سدس المال جميعه الاصل
والربح وسدس اصل المال ستة عشر وثلثان وسدس الربح ثلثة وثلث وهي حظه من الثلث الربح الا انه يستقر ملك العامل على نصف ما حصل
من الربح وهو درهم وثلثان وذلك لبقاء المضاربة في اصلها وهو السدس لقد استرده المالك فلو انخفض السوق وعاد ما في يده
الى الثمانين لم يكن للمالك ان يأخذه من العامل لان فسخ المضاربة فيه مع ما اخذه سابقا المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان
وهو نصف الربح الذي قد اخذه المالك في ضمن العشرين وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين هذا
ولكن الانصاف انه لم يخلو المسألة الاولى عن اشكال باعتبار عدم ثبوت ما يقتضي شيوع الخسارة على المال كله على وجه لو اخذ المالك بعض
المال يلحقه بعض الخسارة فاما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال وان الخسارة السابقة على ذلك يجبر بما بقي من مال
المضاربة اذ المالك قد اخذ العشرة مثلا مستحقة للجبر ودعوى ان الذي يجبر هو المال الذي ربح واضح الفساد ضرورة جبر المال الذي وقعت
المضاربة به بربح اي جزء من المال فلم يفرق بين ما ربح منه وما لا ربح بل يجعل العامل بعضه دون بعض كما انه قد يربح ببعضه دون آخر
واخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان رد رأس المال له شيئا فشيئا وربما يشهد لبعض ما ذكرنا اشتراط تناول المالك
والعامل من مال المضاربة ثم الحساب بعد ذلك من دون ان يلحق ما عند المالك او العامل من الخسارة ونحوها ولكن يحتسب ما عند كل منهما من
ماله عليه ثم يقسم الباقي ان كان فتأمل جيدا والله العالم المسألة الخامسة عشر لا يجوز للمضارب أي العامل ان يشتري جارية يطؤها وان اذن
له المالك بذلك الاذن سابقا منه التوكيل على التحليل والعقد عليها بعد الشراء بناء على صحة مثل هذا التوكيل نحو الاذن في شراء عبد
له وعتقه عنه او دار ووقفها ونحوها فلعل ذلك هو المراد بما قيل والمنقول الشيخ في المحكي عن نهايته انه يجوز مع الاذن فلا يرد
عليه ح ان الاذن السابقة لا تتم لان التحليل اما عقد او تمليك وكلاهما لا يقعان قبل الملك بل يمكن حمل الخبر الذي ذكروه مستندا للشيخ
على ما ذكرنا وهو خبر الكاهلي عن ابي الحسن ع قال قلت رجل سألني ان اسألك ان رجلا اعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء
وقال له اشتر جارية تكون معك والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان ربح فلم فللمضارب ان يطأها
قال نعم فلا حاجة ح الى المناقشة في سنده مع انه من الموثق الذي هو حجة عندنا بعد ان في سنده الى ابن ابي عمير الذي
التصحيح عنه ولا في متنه بظهوره في كون الجارية من غير مال المضاربة ولذا كان ربحها للمالك ووضيعتها عليه وعدم الاذن فيه بالوطي
للمكان دفعها بانه يدل على تأثير الاذن السابق على الشراء ولا فرق بين مال المضاربة وغيره وظهور معلمه في ذلك نعم حمله على ما ذكرنا
اولى من الجرأة به على مخالفة القواعد والضوابط خصوصا بعد تفرد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب اليه هذا كله في الاذن السابق اما
لو احلها له بعد شرائها ولم يكن فيها ربح صح قطعا مع القطع بعدم ربح فيها فضلا لاطلاق الادلة ولو كان فيها ربح بني على جواز
تحليل احد الشريكين للآخر وقد ذكرناه في كتاب النكاح بل فيما تقدم هنا يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح ان قلنا بالمنع في
صورته لاحتمال الشركة الموجبة للمنع في نفس الامر فيجب الترك من باب المقدمة قال ويحتمل الجواز كما قالوه لاصالة عدم حصول
الظهور ولا ريب ان الاحوط الترك قلت وان كان الاقوى لاصالة عدم الشركة المسألة السادسة عشر اذا مات وفي يده اموال
مضاربة لمتعددين فان علم مال احدهم بعينه كان احق به وان جهل مال كل واحد منهم بخصوصه كانوا فيه سواء بمعنى
انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم كما في اقتسام غرماء الشركاء وكما سمعته في نظائره في كتاب الصلح هذا ان كانت مجتمعة على حدة اما اذا كانت
مع ماله فيغ لك ان الغرماء بالنسبة الجميع التركة كالشركاء ان وسعت اموالهم اخذوها والا تحاصوا تلك الاصل في ذلك خبر السكوني
عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن علي ع انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربة قال ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له وان مات
ولم يذكر فهو اسوة الغرماء وفيها حظ في نسخة الرياض شارحا له انا نافع ولو كان في يده اموال مضاربة لمتعددين فمات ولم

بقائها في تركته فان كان معينا لواحد منها وجعلت منوطة بالقرائن المفيدة للعلم فلا بحث والا فالتحاص فيه اي في المجتمع من اموال المضاربة الرماة وارباب الاموال عن نسبة اموالهم للغرماء قلت ليس في الخبر انه اذا لم يذكر الميت مال المضاربة المعلوم كونه في يده ضرب المال كباقي الغرماء وهذا غير ما ذكره من تحاص الغرماء وارباب الاموال في المال المعلوم كونه مال المضاربة لمتعددين بل قضاء يكون مشتركا بينهم ثم قال المقصد باسمه هذا اذا كانت اموالهم متميزة في يده على حدة واما اذا كانت ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا كذا قيل ولو فرض [illegible] مع قصور التركة عن اموالهم او مساواتها لها مع فرض وجود مال للميت من واضح الامر تثبت موجب ضمان التلف من اموالهم من تعد وتفريط لثبوت امانته وعدم ضمانه للتلف الا مع احد الامرين كما [illegible] والاكتفاء في الضمان باحتمال الصرف [illegible] بالاصل وعموم اليد مخصص بما دل على امانته فالاخير [illegible] مع الغرماء في التحاص ما دام جميع ما لهم ثم مع العلم بعدم تلف شيء منه مع احتمال يتحاصون معهم بنسبة مالهم ويمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء في كلامه للورثة بضرب من التغليب ولكن يشكل ذلك على معرفة مقدار مال الميت ومعلوميته بنسبة الاضافة الى اموالهم ولو جهل اشكل الحكم في ضربهم معهم في التحاص قلت يمكن ان يكون المستند في الاول ما سمعته من الشهرة المؤيدة بالفتوى [illegible] الحكم بكون رب المال غريما مع العلم بكونه مال مضاربة في التركة وعدم ذكر الميت له بعينه وعلى كل حال فهذا كله مع العلم بكون المال في التركة واما مع عدمه بان جهل كونه باقيا بيد الميت مضاربة لاحتمال التلف او غيره فقضيته [illegible] عند المص [illegible] شيئا [illegible] لحكم اليد بالضمان [illegible] لامانة [illegible] لا يضمنها الا مع التعدي او التفريط ولم يثبتا واصالة بقاء المال لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه امانة بل [illegible] وعدم الوصية [illegible] لكن قد تقدم في كتاب الرهن ما يستفاد منه ضرورة الضمان او الحكم بالبقاء في التركة وان كان [illegible] بل منع [illegible] الاصل الضمان لعموم على اليد وانما خرج الامين الذي [illegible] التلف [illegible] قاعدة الضمان [illegible] في شمول ادلة [illegible] لمثل هذا الفرد

والله العالم [illegible] الضمان والله

العالم بحقيقة

تم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المزارعة والمساقاة

اما المزارعة فهي لغة مفاعلة من الزرع وشرعا معاملة على الارض بحصة من حاصلها [illegible] المعنى اللغوي فيه باعتبار مباشرة احدهما [illegible] الاخر [illegible] في المضاربة وهل هي المخابرة [illegible] فائدة مهمة في تحقيقه لكن في ذلك قد يعبر عن المزارعة بالمخابرة [illegible] وهي الارض [illegible] اللزوم [illegible] وعلى كل حال فالمعاملة في تعريفها بمنزلة الجنس الشامل للاجارة والمساقاة وغيرهما وبالاخير يخرج [illegible] حصتها بحصة من [illegible] بالاول [illegible] الاخير [illegible] معاملة على الاصول بحصة منها وان كانت الارض تابعة [illegible] بالمراد بنحو هذا التعريف في كلامهم التصوير والتمييز في الذهن في الجملة [illegible] الخطاب في بيان [illegible] لوازم التعريف من الطرد والعكس وغيرهما ولا ريب في مشروعية هذا العقد عندنا وعند اكثر علماء الاسلام بل النصوص فيها وفي المساقاة مستفيضة او متواترة منها خبر [illegible] عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يزرع ارض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثا للبقر فقال لا ينبغي ان يسمي بذرا ولا بقرا ولكن [illegible] لصاحب الارض ازرع ارضك ولك منها كذا وكذا نصفا او ثلثا او ما كان من شرط ولا يسمي بذرا ولا بقرا فانما يحرم الكلام [illegible] سويد عن عبد الله بن سنان انه قال في الرجل يزارع فيزرع ارض غيره فيقول ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للارض قال لا يسمي شيئا من الحب والبقر

والبقر ولكن يقول ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفا وان شئت ثلثا ومنها صحيح يعقوب عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث سألته عن الرجل يعطي الرجل ارضه وفيها رمان او نخل او فاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال لا بأس خلافا للشافعي وابي حنيفة وبعض العامة [illegible] في مواضع مخصوصة وكيف كان فعبارة عقدها ان يقول الموجب وهو رب الارض زارعتك او ازرع هذه الارض او سلمتها اليك وما جرى مجراه مدة معلومة بحصة معينة من حاصلها فيقول القابل قبلت والحكم جريان المعاطات فيها كما حقق في محله بل يتحقق بسائر الحال في اعتبار مادة لفظ مخصوص وهيئة في العقد اللازم وعدمه وقد عرفت ان الاقوى الاكتفاء في قابلية جميع ما يفيد ذلك من الالفاظ ولو على طريق المجاز لا ما لا يتعارف في قابلية مثله من الخطاب ولو لاستهجان المجاز فيه والحكم على هذا قوى لمح هنا فذكر وما جرى مجراه وصيغة الامر بل في مع صحته ولكن الاستدلال على جواز الايجاب الذي ليس فيه هنا الى ان يجزي اي ازرع والنظر ابو سعيد المتقدمين وان ناقشنا فيه بعدم الدلالة فيها على ان هذا هو العقد خصوصا مع عدم التصريح بالقبول فيمكن ان يكون هذا من جملة الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد لتقدير الاجرة فيها واختار عدم الصحة وكذا في الرياض الا انه استدل عليه بجهة الشك وضعفه اولا بان غايته نفي البأس وهو لا يدل على اللزوم المطلوب اثباته بالصيغة وثانيا بعدم تضمنه القبول ولو فعلا وهو كاشف عن ان المراد من ذكر ذلك بيان ما يقع مشافهة لا صيغتها حتى يستدل به على ذلك لكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الاحاطة بما اسلفنا في كتاب البيع وغيره الى البيع والنظر انما هي بصيغة المضارع لا الامر وظهر قوله في احدهما انما يحرم الكلام ارادة العقد بذلك ونفي البأس ظاهر في عدم اعتبار القول فيه فالصيغة دال على صحتها المترتب عليها كلاهما فالاقوى جواز ذلك كله لان التحقيق عدم الاجمال في العقد كي يقتصر فيه على المتيقن في المادة والهيئة نعم الظاهر اعتبار القوايم في قبولها من العقود اللازمة وتركه المصنف لو هنا في بيان عبارتها العدم اعتبار لفظ مخصوص فيه بل هو جميع ما دل على الرضا بالايجاب فالاولى له من احتمال كون ذلك منه لبيان الاكتفاء فيه بالفعل كما اختاره العلامة في غير محله هذا وقد علم انه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكة المنتفع بها الى ان قال وانها لا تشرع المزارعة بين المتعاملين اذا لم يكن الارض ملكا لاحدهما ولا في الاراضي الخراجية وان بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه لما عرفت ان متعلقها والمعقود عليه هو الارض فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر والعمل وما ذكره من الحيل الشرعية المفيدة الاشتراك في الحاصل على حسب ما يتفقان عليه بغير طريق المزارعة وفيها ان صيغة المزارعة التي هي زارعتك وسلمته ونحوهما وحقيقتها التي هي المعاملة على الارض بالحصة من حاصلها لا تقتضي اعتبار ملكية الارض عينا ولا منفعة بل يكفي فيها الاولوية الحاصلة في ارض

هي٢ م

الخراج بالاحياء او بالتفويض ممن هو في يده من حاكم الجور او الشرع وغيرهما للعموم فما جزم في الكفاية بعدم اعتبار ذلك في المزارعة جملة من النصوص الدالة على جواز مزارعة ارض الخراج كصحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث انه سئل عن مزارعة ارض الخراج بالنصف والربع والثلث قال نعم لا بأس به قد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر اعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف وفي خبر الفيض بن المختار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام جعلت فداك ما تقول في ارض اتقبلها من السلطان ثم اوجرها اكرتي على ان ما اخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف والثلث بعد حق السلطان قال لا بأس به كذلك اعامل اكرتي وخبر يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام سألته عن الرجل تكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال لا بأس الى ان قال وسألته عن المزارعة فقال النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج الله منها من شيء قسم على الشطر وكذلك اعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين اتوه فاعطاهم

³ اليهود م

اياها على ان يعمروها ولهم النصف من الحب المطلوب الله قلت فيتوقف اثر ذلك التمهيد ما لا يبا في شيء مما سمعت منها لانه لا يكاد يتكلى ظاهر ما ذكروه من تعريف المزارعة وان صيغتها المذكورة في كون العوض مملوكة العين او المنفعة او الانتفاع والا لم يكن وجه للعلم عليها بالحصة من حاصلها التي مقتضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصة من الحاصل نحو ما في الاجارة بالنسبة الى ذلك وان اختلفت معاني الاجرة

بل هو معنى قد تعتلك على هذه الارض او سلطتك اياها او سلطتك عليها بالحصة من حاصلها اذ لا معنى لم يرده فان المعاوضات التمليكية
لا تتصور فيها عدم ملكية العوضين او احدهما باحدهما لو صح ذلك فكيف بل قد سمعت ما في خبر يعقوب المشتمل لتسمية عن المزارعة فقال النفقة
منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر كغيره من النصوص الظاهرة في كون الارض في المزارعة مملوكة عينا او منفعة
او انتفاعا بمعنى اعتبار التسلط على الارض للمزارع وارض الخراج وان كانت غير مملوكة العين ذاتا لكن قد تملك منفعتها بالاستيجار
من السلطان الذي عرفت اجراء ذلك منه مجرى سلطان العدل او بالتقبيل او غير ذلك مما يفيد تمليك المنفعة او الانتفاع وكذا من
سبق اليها فاحياها وقلنا انه بذلك يكون احق من غيره في الانتفاع بها فانه في الحقيقة مالك الانتفاع بها ولذا يصح له جعل مثل هذه
الاحقية ثمنا للمبيع واجرة في الاجارة اذ هو كالتحجير ونحوه من الحقوق المالية وعلى هذا ونحوه خرجت نصوص مزارعة ارض الخراج لا ما اذا لم
يكن لاحدهما تسلط على منفعتها او الانتفاع بها فانه لا خصوصية لاحدهما على الاخر على وجه يكون مزارعا والاخر عاملا بل لا يبعد في
ادامة الاشتراك في نمائها على التساوي او التفاضل من الاشتراك في البذر او غير ذلك من الوجوه والحيل التي ذكرها في ذلك مما هو منطبق
على عقد الاجارة والصلح او غيرهما لا المزارعة لفقد تسلط احدهما على الارض التي هي ركن في المزارعة كي يدفعها الى الاخر بالحصة من حاصلها
الذي قد عرفت انه في المعنى اجارة وبذلك كله ظهر انه لا وجه لما [illegible] كما عرفت [illegible] النصوص السابقة ودعوى ظهور كلام من في اعتبار
ملكية العين في المزارعة مقطوع بفسادها فان القواعد والنصوص والفتاوى صريحة في خلافه بل يعرفه من له ادنى خبرة مثل خلافه على مثل الشهيد ثم
بل يمكن [illegible] ما ذكرنا عدم صحة المزارعة على الارض المستعارة ولو للمزارعة على وجه ملك المستعير الحصة على المزارع لعدم الملك
عينا ومنفعة[2] فاذا وقعت المزارعة صح فهي في الحقيقة للمالك فان قصد المستعير لنفسه فاز من الخراج الذي يفوز به المالك مثلا الى ان يتخص ٢ وانتفاعا
مثلا على انه اذا اذن عليها لا يملك الحصة ضرورة عدم ملكه العين او المنفعة او الانتفاع بذلك بل يكون الحصة ح للمالك على فرض
صحة المزارعة نعم اذا اسم الجائز على الاباحة الى قبض الحاصل كان المالك ح بذلك لا بالمزارعة من حيثها وعلى كل حال ——— فنماء عقد
المزارعة عقد لازم بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه لقاعدة اللزوم المستفادة من آية اوفوا وغيره فلا تنفسخ ح اختيارا الا بالتقايل
المطلقة او لعيبه او باشتراط الخيار ونحوه نعم قد تنفسخ بعد قهرا لخروج الارض عن الانتفاع ونحوه ولا يبطل بموت احد المتعاقدين كغيره من
العقود اللازمة فاذا مات رب الارض انتقل حكم العقد الى وارثه واذا مات العامل قام وارثه مقامه او استأجر من ماله والحصة له بعد موته
على تمام العمل ولكن في المسالك وغيرها انه ربما استثنى من ذلك ما اذا شرط المالك العامل العمل بنفسه فانه ح تبطل بموته قال ويشكل لو كان
موته بعد خروج الثمرة لانه ح قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد ثم قال ويحتمل الحصة قلت قد
يقال بان الملك ح وان حصل لكنه متزلزل الحصة تمام العمل نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الاحوال بل الكلام ح البطلان والرجوع
الى اجرة المثل على فرض الفوت باحترام عمله في هذا الحال ولا يسقط على الحصة ولا قلنا به في الاجارة على العمل المشروط فيه المباشرة لعدم
ظهور مقابلة اجزاء العمل باجزاء الحصة هنا الا تبعا لا بالقصد لا بخلافه في الاجارة والا لا يتجه ح ملك بعض الحصة ببعض العمل قبل ظهور
شيء من الزرع وهو معلوم البطلان كما هو واضح وكيف كان فالكلام اما في شروطه اي هذا العقد واما في احكامه اما الشروط فثلاثة
الاول ان يكون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه او تفاضلا بلا خلاف فيه على ما في الرياض بل فيه عن الغنية الاجماع عليه وانه الحجة مضافا
الى ما سبق الاقتصار على المتيقن من النص والفتاوى في عقد المزارعة والمساقاة المخالفة للاصالة من عدم الغرر بل في الصحيح لا تقبل الارض بحنطة
مسماة ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا باس به وفي ذلك دلالة على اعتبار الشرط المزبور اي يكون مجموع النماء بينهما مشاعا فلو جعل ذلك ما لو
شرط احدهما شيئا معينا والباقي للاخر او لهما او شرط احدهما خاصة ونحو ذلك والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة بل لا خلاف فيه الا
في بطلان المزارعة مع عدم الاشاعة في شيء منها كان يشترط احدهما الهرف اي المتقدم من الزرع والاخر الافل اي المتاخر منه او ما يزرع على الجداول
بعض الانهار الصغار او ما يخرج [illegible] قطع الارض والاخر غيرها او يخرج ذلك [illegible] الاشاعة في شيء منه بينهما واما اذا كانت

اذا كانت الاشاعة في الجملة متحققة ولكن بعد استثناء شيء معين كان يشترط احدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح ايضا عند المصنف
وجماعة بل ربما قيل انه المشهور سواء كان مقدار البذر او غيره لا لجواز ان لا يحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شيء اذ يمكن فرضها بكون الغالب
عادة حصولها بل لما قد عرفت من ان الثابت من شرع المزارعة انما هو الذي هو كون النماء جميعه مشاعا بينهما خلافا لما عن الشيخ وجماعة من جواز استثناء
مقدار البذر لمعنى الناصر جوازا استثناء شيء معلوم ورجحه في الكفاية ولعله للعمومات والاطلاقات [illegible] على ما قلنا على شرعية المزارعة
فاشاعة جميع الحاصل بينهما بل ربما كان الحكم منه خلاف ذلك خصوصا اذا كان الاستثناء للاجنبي عنهما ولعل من استثناء قدر معين
لخراج السلطان كان من الاول استثناء ما يصرف على عمارتها اولا ثم قسمة الحاصل بينهما بل لعل خبر ابراهيم الكرخي كالصريح في ان المدار على
الشرط قال ——— قلت لابي عبد الله ع اشارك العلج فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والزرع حتى
يصير حنطة او شعيرا وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقي على ان للعلج منه الثلث ولي الباقي قال ——— لا باس بذلك
قلت فلي عليه ان يرد علي مما اخرجت الارض البذر ويقسم ما بقي قال ——— انما شاركته على ان البذر من عندك وعليه السقي والقيام
كظهور خبر يعقوب بن شعيب في استثناء غير ذلك قال سألت ابا عبد الله ع عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل
على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال ——— لا باس الى غير ذلك من النصوص على اختلافها في الظهور
والاشعار بجواز ذلك الذي هو في الحقيقة لا ينافي الاشاعة خصوصا اذا كان للاجنبي عما في كونه بينهما من الغرر فقيد الملكية
ما في الرياض من انه بعد ان حكى عن الكفاية ترجيح ذلك استنادا الى قوله سبحانه الا ان تكون تجارة قال ——— وهو كما ترى لان
المستفاد منه الا الجواز مع التراضي وهو لا يستلزم اللزوم مع فقده ولو سلم كما هو المدعى مع انه مخصوص مضافا الى ما قلنا الى النهي
عن التجارة المتضمنة للغرر والجهالة وهما مفروض المسألة كان الاشاعة يصرح في الغنية فقال لا يجوز الاستناد الى الاجماع والحكم بها
الا فيما حيث يتبقى ربما لا بالارض والنخل بلا شيء وقد يعطب [illegible] الغلة ما فيه يبقى للعامل بغير شيء انه لا يخفى عليه ما فيه من عدم اختصاص الدليل
في الاية التي يكفي في المطلوب دلالتها على الجواز والمشروعية واللزوم يستفاد ح من آية اوفوا او غيرها ولعل فيما مضى ما يقبل التخصيص
اذ ليس الا دعوى شرعيتها على خلاف ذلك وقد عرفت منعها على مدعيها وان الاطلاقات والعمومات تكفي في اثبات شرعيتها على الوجه المزبور
ولا يخفى عليه ما [illegible] العقد على وجه يشمل هذه المعاملة التي هي مبنية عليه [illegible] في الغنية ظهر في استثناء قطعة من الارض يختص بها العامل
او رب الارض وهو غير ما نحن فيه من اشتراط [illegible] شيء كلي من الحاصل لاحدهما الذي قد عرفت[2] منافاته للاشاعة حتى لو كان لاحدهما ٢ وعدم
بناء على انه كاستثناء الارطال المعلومة في بيع الثمار مع انه قد يمنع عدم جواز ذلك لانه اذا كان يطابق الشرط خارجا عن المزارعة
لعموم الادلة واطلاقها وقد نقل عنه ما في ايدي الناس الآن من اشتراط الشكارة المختصة بالشركاء [illegible] او غيرهما من ذلك كله نظير
الوجه فيما ذكره المصنف وغيره انما لو شرط احدهما على الآخر شيئا يضمنه من غير الحاصل مضافا الى الحصة من ذهب او فضة او غيرهما قيل
والقائل الشيخ يصح بل لعله عليه عامة من تأخر بل قد نسبه ما في الكفاية وحكى غيرها بعدم الخلاف فيه حيث لم يعلم القائل بالاول وان قال المصنف
قيل يبطل وعلى كل حال ——— فلا ريب في ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده قال ——— في المفاتيح وكيف الضابط عليه
دلالة قيل والحكم مما اشار اليه في الكفاية من بعض المعتبرة عن الرجل يزرع [illegible] ثم اخر يسبح عليه
دنانير كذا وكذا درهما ربما نقص وحرم وربما استفضل وزاد فقال لا باس اذا تراضيا هذا ولكن في ذلك الغرر ح مشروط بالسلامة
كاستثناء ارطال معلومة من الثمرة في البيع ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه لانه كالشريك ولذا كان حصة معينة قلت قد
يشكل ذلك بمنافاته لعموم ما دل على لزوم الشرط بعد فرض كونه في الذمة وبذلك يفرق بينه وبين استثناء الارطال التي هي بعض المبيع ولا
منافاة بين كونه كالشريك ثم وبين ذلك في المستثنى الا لحد من اشتراط قدر معين من الحاصل ولعل المراد هنا التشبيه وانه مع صحة
[illegible] تأخر عنه وتبعه عليه ان لا كلام في [illegible] له بل لعل الحكم باسقاطه منه بحسابه في المقيس اشكالا عدا بالشرط الواقع لتعليل المتن في

وغيره وان كان هو الاقوى ما لم يعلم ارادة خلافه من الشرط ويكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة او الشعير بالحنطة او الشعير مع ضمان ذلك
في الذمة واما اذا كان مما يخرج منها فيحصل فيها مستحقا للثمن بذلك فالمنع اشبه باصول المذهب وقواعده من جهة اعتبار ملكية
الاجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجا او في الذمة ولا شيء منهما في الفرض ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها او من ارض
اخرى معينة مثلا من غيرها ولا بين استيجارها بجنس الحنطة او التمر ولا بالاربعة ولا بالنقدين وكذا بالذهب والفضة لان الذهب
والفضة معين وهذا الذي عضدنا بناء على عدم الادلة اجارتها بذلك اما كان مما يقع التعليل فيه بل منه يعلم كون المراد من
الاخبار المشتملة على النهي عن اجارتها بالحنطة والشعير دون تعليل خصوصا مع ملاحظة العادة في ذلك مضافا الى خصوص خبر ابي بصير
سألت ابا عبد الله عن اجارة الارض المحدودة بالدراهم فقال لا بأس قال وسألته عن اجارتها بالطعام فقال ان كان من طعامها فلا خير فيه
وخبر الفضيل بن يسار سألت ابا جعفر عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير والمناقشة في السند او الدلالة مدفوعة
بالانجبار بالشهرة العظيمة بل لم اجد خلافا صريحا الا ما يظهر من المقنع في قوله ان اشتريت من رجل ارضا
معلومة ما تزكو على ان تعطيه من الارض قال الحاكم بناء على عدم ظهور الفرق بين ثمن المبيع والاجرة هذا كله اذا شخص الثمن بذلك
اما لو جعله في الذمة ولكن شرط الاداء منها او من ارض معينة اخرى فلا يبعد الجواز للعمومات وتحكيم دليل الشرط مع احتمال الحرمة
فيه ايضا باسمه من الفرض في خصوص هذا الشرط واما ان لم يذكر ذلك لا شرطا ولا شرطا فلا ريب ان الاصول والعمومات تقتضي الجواز
مضافا الى التعليل والمفهوم من الاخبار السابقة الحاكم على الاطلاق غيرها ان تصح الثمر بعرتيه مع ولاية اشياء الى الادلة ما يخرج منها
من غير فرق في ذلك بين كون الاجرة من جنس ما يزرع فيها وغيره خلافا للبعض فمنع منه مع كونها من جنس ما يزرع فيها للصحيح الحلبي عن الصادق
لا تستاجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة وفيه مع عدم وفائه بتمام المدعى انه يمكن حمله على ارادة ما اذا كان منها بل لعله الظاهر كما ان الظاهر او
يحمل النهي فيه على الكراهة لكن في ذلك فيه نظر لان النهي فيه مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بالحمل والتحقيق
ان المطلق والمقيد كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما بل يحمل المطلق على اطلاقه بخلاف المثبت وبما لاحظنا ذلك هنا صار كثير مما ذكرناه في مثل **على اطلاقه**
الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وورد النهي اخر بتحريم بيع المكيل والموزون كله حيث جمع الاكثر فيما يحمل المطلق
على المقيد وليس بشيء والتحقيق ولله في الاصول مع انه يمكن حمل الخبر المذكور على الاطلاق كما تبين بان يريد بكونه من طعامها الذي من جنسه ويؤيده
ظهور الكراهة منه ولو كان نهيه نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع فان عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح والمكروه لا يوصف بالخير ولا ينفيه
وبينه وبين الشرط واسطة واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة يفيد دليل الكراهة حسن وقول ابن البراج بالمنع مطلقا كما عن نسخ نظرا
الى الرواية الصحيحة ان النهي مطلق قد قلت فيه ما لا يخفى عليك من ورود كون التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذي هو حكم المنطوق وقد
تقدم الكلام في مسئلة بيع الطعام قبل قبضه والجمع بما عرفت اولى مما ذكره من وجوه احدها الاعتضاد بالشهرة العظيمة وما تقدم من
تعليل المنع وبالحسن المذكور ويعضده ما عرفته على وجه كشف عنه ارادة ذلك من المطلقات اجمع حتى الخبر المذكور بشهادة
ما في بعضها من التعليل الذي لا ينطبق الا على ارادة ما اذا كان منها فلا محيص للفقيه حينئذ عن ذلك وقد ظهر من جميع ما ذكرناه وجه الحكم
بالحرمة فيما اذا كان منها بل او من غيرها المعينة وعدمها فيما اذا لم يكن من جنس ما يزرع فيه كما لو استاجرها بالشعير في الذمة وزرعها حنطة بله
خلاف ولا اشكال وان الاصح عدمها ايضا فيه وان كان هو مكروها للصحيح السابق بل لا يبعد القول بالكراهة في مطلق استيجارها
بالطعام بناء على التسامح فيها فيكون حينئذ احتمال ارادته من المطلقات والله العالم وكذا يكره ان يوجرها باكثر مما استاجرها به الا ان يحدث
فيها حدثا او يوجرها بجنس غيره عند جماعة بل المنع لكن قد اشبعنا الكلام في ذلك في كتاب الاجارة فلاحظ وتامل الشرط الثاني
تعيين المدة بالاهلة مضبوطة بل لعل الاجماع عليه بناء على عدم الفرق بين العزم وعدمه على ان ذلك المقام ولو لم يكن عليها لكون المزارعة
كالاجارة في المعنى لا كالقراض الذي هو عقد جائز لا فائدة لضرب الاجل فيه بالنسبة الى جواز الفسخ واحتمال المزارعة العقد بالنظر
بالنظر الى الحصة لا يقتضي احتمالها اياه من غير هذه الجهة وكون الزرع له امد لا يكتفي به في تعيين الاجل بعد ما عرفت من اعتباره كما في غيرها
من الاجارة ونحوها مضافا الى خبر ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله سئل عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فاي وجه القبالة احل قال
يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الارض فان ذلك
لا يحل بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه او ما يشملها ومنه يعلم وجه دلالة صحيح الحلبي عنه ايضا ان القبالة ان تأتي الارض الخربة فتقبلها
من اهلها عشرين سنة او اقل من ذلك او اكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها فلا بأس به بل عن جماعة بوجوب كون المدة فيما يعلم فيها ادراك
الزرع ولو من جهة العادة لان ادراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة بل هو ركنها الاعظم حتى انه ظن من جعل ذلك هو المدار في بعض النصوص
عدم اعتبار المدة في المزارعة وان ادراك الزرع هو الغاية فيها قال ابراهيم الكرخي قلت لابي عبد الله اشارك العلج فيكون من عندي
الارض والبقر والبذر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة او شعيرا وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه
ويبقى ما بقي على ان للعلج منه الثلث ولي الباقي قال لا بأس وان كان المراد منه ان ذلك ونحوه من الاعلام من بيان الزرع الذي
هو المراد من المزارعة ولو مع ذكر المدة التي يبلغ فيها الزرع وذلك دون ذلك يجد المدة القليلة التي يعلم قصورها عن الادراك فيها اما
فمثال الثالث بعدها مع عدم لزومه عليهما غير مجد بل ومعه كالو اشترط في عقد لازم لكنه خلاف المعلوم المعهود من المزارعة المشروعة
بل لعل ما تقدم من الخلاف في ذلك كالمتن ونحوه مما اطلق فيه ذلك يمكن حمله بانيا ته الى ارادة المدة التي يدرك فيها الزرع من المدة
التي اعتبرها وهاشر طالتم ذلك صحيح في الاجارة انه لم يكن فيها ما صيانها ولا المقصود منها ادراك الزرع لاحتمال ارادة تفصيله ونحوه
وكيف كان فمبناه على ما ذكرنا اذا اشترط مدة معينة بالايام والاشهر والسنين ونحو ذلك على وجه يدرك فيه الزرع صح
لما عرفت واما لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة فوان الاكتفاء بذلك عنها وجهان احدهما يصح لان لكل زرع امدا معتادا
فينبني حينئذ على العادة كالقراض ويكتفي بها عن ذكر المدة والاخر يبطل لانه عقد لازم فهو كالاجارة فيشترط فيه تعيين المدة دفعا للغرر
لان امد الزرع غير مضبوط وهو مع عدم خلاف فيه اشبه باصول المذهب وقواعده لعدم القول باعتبار المدة التي هي
المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك في جميع ما اعتبرت فيه من الاجارة وغيرها وقد عرفت الفرق بينها وبين القراض كما انك قد عرفت
الشبه بينها وبين الاجارة والله العالم وعلى كل حال فلو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه باصول المذهب
وقواعده التي منها قاعدة تسلط الناس على اموالهم وعدم حل مال المسلم الا بطيب نفسه ضرورة عدم حق للزارع بعد المدة التي
ذاك فائدة جعلها غاية سواء كان بسبب الزارع كالتفريط او من قبل الله سبحانه كتأخر المياه او تغير الاهوية وملاحظة ادراك
الزرع فيها وضبطها المدة المذكورة لزوم ادراكه فيها لا يقتضي استحقاق بقاء الزرع بعد المدة فاحتمال بعض من انه ليس له الازالة
لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان الزرع امدا معينا غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق
الزارع كما لو استاجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه واضح الضعف اذ الحق كان الى غاية فلاحق له بعدها وان كان للزرع امد
معين بل وان كان ذلك قصيدا لكونه وضوح المعنى في المقيس عليه من الاجارة التي هي اولى بالحكم هنا اللهم الا ان يقال ان الغاية هنا للزرع
لا للمزارعة ولذا يبقى حكمها من الحصة فيما بعد الغاية وحينئذ فالمدار على ادراك الزرع الذي غايته كذا عادة متعلق المزارعة وذلك كاف في
رفع الجهالة فاذا اتفق الخلل بقيت المعاوضة على حالها من اللزوم فليس له الازالة حينئذ نعم تدفع له الاجرة لما بقي من المدة على
ما هو للزارع مع احتمال الاجرة للجميع لاستحقاق المالك عليه عوض المنفعة الاولى في الارض الحصة فالزرع فعل مستحق يحتاج
الكاح الزرع تراد من العامل خصوصا اذا كان التأخير منه لتقصيره ونحوه خلاف نظم المدة المضروبة التي هي مساوية لمدة الاجارة
من الاتيان بها لرفع الجهالة والغرر فعقد المزارعة هذا ولكن في الاقرب ان للمالك الازالة مع الارش والتبقية مع الاجرة
سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير او من قبل الله كتغير الاهوية وتأخر المياه وفيه اولا ان المناسب لما ذكر في

الاجارة من عدم جواز القلع لو تأخر ادراك الزرع عن مدة الاجارة لا بتفريط الزارع بعدم جواز القلع مع عدم التفريط هنا
اولى لان الاصح جواز استيجار الارض مدة لزرع لا يدرك فيها بخلافه هنا وثانيا ان المتجه على الجواز اختصاصه بهذا القسم بعد
الادراك دون ما اذا كان التأخير بتفريطه وثالثا انه لا بد من تعيينه مدة او التبقية بالاجرة مكذلك مع رضا العامل
لامتناع الزام باثبات عوض في ذمته من دون رضاه وح لا وجه لاحتمال في حيز الارب ضرورة كونه قطعيا على فرض رضاه
ثم ان الواجب هو ارش زرع العامل دون المالك فان كان البذر منه وقلنا انه يجري على ملكهما كما هو الظ ومن ثم قلنا بوجوب الزكاة
على كل منهما اذا بلغ نصيبه نصابا فلم يقصد حصة المالك لا يجب ارشه ولو قلنا بانه يجري على ملك العامل فارش الجميع ومنه
يعلم الحكم ما اذا كان البذر من المالك او منهما ومتى قلع المالك فالمتجه وجوب اجرة المثل لتلك الارض له على العامل اذا كان
التأخير بتفريطه ولا نفع للعامل لتضييعه منفعة الارض على المالك قيل ولو قضى بتفريطه فالتأخير الى نقص الحاصل
نقصانا فاحشا مخالفا للعادة فليس ببعيد وجوب اكثر الامرين للمالك من الحصة واجرة المثل قلت يشكل انطباقه على
قاعدة شرعية يعول عليها والاعتبار بمجرده لا يصلح مدركا لحكم شرعي نعم يتجه في الاول اجرة المثل التي هي المضمون في كل منفعة
تفوت على مالكها والفرض عدم التمكن من معرفة الحصة التي كان يقتضيها عقد المزارعة وفي الثاني ارش الحاصل ان امكن
هذا كله في المالك اما العامل فلا اجرة له على المالك وان كان التأخير من الله سبحانه وتعالى نعم قيل اذا قلنا بجواز القلع
فالمتجه وجوب اجرة المثل عليه لتضييع منافعه مع احتمال الاكتفاء بوجوب الارش عنها قلت مضافا الى عدم
ضمان منفعة الحر على ذلك ان الارش هو تفاوت ما بين قيمته باقيا بالاجرة وقيمته مقلوعا ويحتمل ان يلحظ في
القيمة استحقاقه للقلع اذ المراد بالارش عوض نقصان ماليته باعتبار حالته التي هو عليها التي منها كونه مستحق القلع
بالارش اذ للصح جملة او ماله اللازمة لكن في ذلك انه لا يخ من دور وفيه انه ليس المقام مقام دور يرفع فرض خلية ذلك
في قيمته يتجه ملاحظة كما هو الظ فلا والله العالم وكيف كان فان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره
بلا خلاف ولا اشكال لان الحق لا يعدوهما لكن ان شرط رب الارض عوضا معينا افتقر في لزومه لعقد الاجارة
الى تعيين المدة الزائدة واما القلع فيبقى جوازه وان لم يعين المدة كما انه تلزمه اجرة المثل ان لم يعين العوض الذي قد
اتفقا عليه كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب الابقاء فان الاقوى استحقاق الاجرة على ذلك فيتجه ح فيما
عرفت والله العالم وعلى كل حال فلو شرط في العقد تأخيره ان بقي بعد المدة المشترطة بطل العقد على القول
باشتراط تقدير المدة فانه على تقديره ح اذ المدة هي مجموع المذكور هنا والشرط المفروض عدم تقديره بل الظ كفاية مجهول
في المدة المشروطة خاصة في بطلان العقد لكن في لك احتمال الصحة لان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع وذكر
احتمالا لا احتمال الحاجة وجهالة التابع غير مضرة كما تقدم غير مرة وفيه ما لا يخفى بل ينبغي بالبطلان حتى مع تعيين المدة
المشروطة للتعليق والجهالة ولو باعتبار الترديد بين المدتين نعم يمكن الصحة باشتراط البقاء مدة معينة لان المراد
لبقائه مجهولة على كل حال لا مدة الاستظهار من دون تعليق له على بقاء بعد المدة من بدوره لانه يمكن
القول بالصحة بناء على ان المانع الجهالة لا التعليق بتنزيل ارادة اصل ثبوت استحقاق الابقاء ولو بالاجرة اذ مرجعه
الى اشتراط عدم القلع عليه ويمكن مما يقرب من ذلك ما لا اشكال في صحته بالشرط المزبور وان وجب الترافع ح على كرها
مع ارادة الاجارة الصحيحة او اجرة المثل ويفهم ذلك تأمل جيدا فانه دقيق ولو ترك المزارعة حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل
ولو كان استأجرها لزمته الاجرة لوضوح الفرق بينهما باعتبار معرفة المسمى في الاول ولذا وجب الرجوع الى اجرة المثل بخلافه
في الاجارة فانه اختصاص المالك بها لا اتفاقا تكون هي الحاصل يجري عليه حكم ما اشترطاه في المزارعة من التنصيف والثلث ونحوه ان ذلك

ان ذلك في الحاصل من العمل والفرض عدم العمل منه اصلا فلا مجر لاستحقاقه فيها بل منفعة الارض وكيف كان
فهذا مع تمكين المالك له منها وتسليمها اياه اما لو لم يتحقق شيء لان المنع من قبله بل قد يقال ان للعامل عليه اجرة المثل
حيث انه فوت عليه المنفعة المستحقة له وعدم العمل منه الذي هو المقابل لمنفعة الارض انما كان بتفريط المالك
وتضييعه فلو ح كما لو استؤجر على عمل في مدة فبذله الاجير فلم يستوفه منه المستأجر نعم على كل حال
فحينئذ يلزمه ضمان الاجرة قال ولذلك يلزمه ارشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين لاستناد النقص
الى تفريطه كالعامل ايضا ونظر بعضهم فيما بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختيارا او منع ظاهره عوض فلا يتجه الفرق
لعدم التقصير في الثاني خصوصا في الارش ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب
الانتقال الى ما لا يقتضيه ثم يتوجه الحكم معه في الاجارة لان حق المالك هو الاجرة عوضا عن منفعة العين
تلك المدة فاذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على مالكها وهو المستأجر واما المزارع فلا حق له فيها انما حقه في
الاجرة ولم تفت قلت لا اثر في الفرق بين الاجارة والمزارعة بذلك بل ان لم يكن اجماع امكن القول بعدم وجوب
اجرة المثل حتى في صورة التفريط ضرورة عدم بطلان العقد بذلك وهو انما يقتضي الحصة المعروضة التي هي كسبيل المنفعة
في الذمة كما سمعته في مسألة الاجارة ببذر معين من حاصلها وان الممكن عدم حصولها حتى لو منع ولم يتحقق
فالرجوع في الحاجة الى اجرة المثل لا يرجع الى قاعدة ضرورة عدم العدوان فيه حتى يندرج فيقوم عليها بكد و
عدم صدق اتلاف مال الغير لان عقد المزارعة جعله بحكم ماله لا مال الغير انما يجب عليه الاستثمار
وتسليم الحصة وذلك انما يترتب عليه الاثم لا الضمان وقاعدة لا ضرر ولا ضرار لا يستفاد منها الضمان وكيف
قد رفع اللزوم فيتسلط على الخيار وح تكون كالمضاربة التي يترك فيها العمل بلا فسخ لعامله الكلام فيما لو كان بالعامل
التقصير من صاحب الارض لعدم تسليمها الى المزارع بل وعدم الضمان فيه اولى لعدم صيرورة منفعة الارض ملكا
لو بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عادية يترتب عليها الضمان والفرض عليه بفوات انتفاع نفسه
مثلا لا يقتضي الضمان لان منافع الحر لا تضمن بذلك ومن ذلك كله يظهر لك الحال حتى في الحكم بضمان
الذي يلحق الارض بعدم زرعها فان ذلك من احكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها فتأمل جيدا وما شاكلها
الشرط الثالث ان تكون الارض التي تقع المزارعة عليها مما يمكن الانتفاع بها في ذلك بان يكون لها ماء ولو
تقديرا اما في نهر او بئر او عين او مصنع او يمرد لك حتى الغيث فان لم يكن الانتفاع بها فذلك لعدم امكان
الماء لها لم تصح المزارعة عليها للاصل بعد معلومية ارادة غيرها من العمومات والاطلاقات بل هي من معاملات السفه
في نظر العقلاء ولو زرعها على ارض ولم يكن حال العقد ماء لم يتفق تجدد قابليتها لم يجدد ذلك العقد واحتمال
الاكتفاء بحالها في الواقع المستور علينا يمكن الا ان الاظهر خلافه نعم يتجه بالصحة على الارض التي هي حال العقد
قابلة لذلك الا انه لم يعلم المتعاقدين بها فانكشف حالها بعد ذلك لكن لا يخفى عليك ان مقتضى ما سمعته من
التزلزل في نية عدم قابليتها للانتفاع بذلك الصحة لاعتبار الامكان وتعلق الشرع في المزارعة على الارض التي لها ماء
نادر وان تجدد في ذلك في كن من عدم التمكن من ابقاء ما وقع عليه العقد فيها اولا من امكان الوقوع وهنا دائما الا
ان المتجه الصحة بناء على ما ذكرنا للصحة ولعل هذا الشرط هنا كشرط القدرة على التسليم في البيع الذي قد طلبت منه
في محله وكثير من مباحثه تأتي هنا بأدنى التفات فلاحظ وتأمل هذا ولكن في الارشاد ولو زارع على ما لا ماء له بطل
الا مع علمه ومقتضاه الصحة مع العلم الا ان الاقرب ارادته عدم الماء فعلا ولكن يمكن تحصيله لان المراد الصحة على ما لا يمكن

الانتفاع بها للزرع الذي من اوضح عدم صحة المزارعة عليها بل لا يطابق ما اعترف به هو وغيره من الشرط الثالث اذ لا
المتجه على هذا التنزيل الخيار مع الجهل كما تسمع تفصيله من المصنف بناء على لا البطلان وكان منه ينتهي منه ذلك في الخيار حتى
انه بعد ان ذكر الشروط الاربعة قال ـــ لا خلاف فما شرطه في الجملة وانما اختلفوا في متعلق الشرط هل هو الصحة حتى كما
عند العلماء فيبطل العقد مع عدمه حتى ولو مع العلم بفقدها ابتداء او عدمه لتجدد وجوده او في صورة الجهل بعدمه حين العقد
خاصة كما هو ظاهر الفاضل في الارشاد حيث حكم بالبطلان بعدمه الا مع العلم به او اللزوم في صورة الجهل خاصة فللعامل الخيار
فيها بعد العلم ما ثاصورة العلم ابتداء بعدمه حين العقد فليس بشرط اصلا بل يلزم فيها كما هو صريح عبارته وجهه كالسابق
غير واضح لتجد ما ذكرناه سيما هنا وحمل على محامل مع بعدها لا تنطبق على شيء مما قدمناه من الادلة قلت ـــ سمعت
عبارة الارشاد وما يمكن تنزيله عليه وكذا عبارة عد التي هي اشتراط امكان الانتفاع بالارض في الزرع بان يكون لها
ماء اما من عين او بئر او نهر او مصنع وكذا التي اجرها للزرع ولعمادها ما اجرها له ولا ماء لها تخير مع الجهل لا مع
العلم لكن في الاجرة يلتفت المسمى من ثم استبعاد ارادة الصحة مع العلم بعدم امكان الانتفاع بها ثم ذلك بعد انه كذ
ذلك عقيبا اعتنا من بالشرط الثالث نعم انما الكلام في قول المصنف وغيره ولو انقطع الماء في اثناء المدة فللزارع الخيار لعدم
الانتفاع هذا اذا زارع عليها او استأجرها للزراعة وعليه اجرة ما سلف ويرجع باجرة ما قابل المدة المتخلفة
من وجوب احد طالبات المتجه البطلان اذا اخرجت بانقطاع الماء عن قابلية امكان الانتفاع بها للزرع لا الخيار ضرورة
اتحاد المدرك لشرطه ابتداء واستدامة وحمله على ارادة انقطاع الماء المعد لها الذي قدم عليه الزارع لا مطلق الماء
حتى يخرج به حينئذ لها مثلا حينئذ ضرورة ايجابه مثله الخيار وفي باقي العقود اللازمة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ونحوها
الا انه بقي فيه ما ذكره اخيرا من وجوب الاجرة عليه لما سلف من المدة مع الفسخ فان ذلك لا يتجه في المزارعة التي كان
الفسخ فيها من عدم امكان الاكمال وليس لها اجرة مسماة بل الحصة من الحاصل الذي يقتضيها الا ان يجعل ذلك في
الاجارة خاصة بقرينة قوله ويرجع الى اخره فانه لا يتصور في الاجرة نعم لا يتجه ذلك في مثل عبارة التذكرة التي لم يذكر
فيها غير المزارعة قال ـــ ولو انقطع في جميع المدة انفسخت وفي الاثناء يتخير العامل فان فسخ فعليه بنسبة ٢ المزارعة م
ما سلف وكذا الارشاد وان امكن توجيهه بانه مع فرض عدم خروجها عن قابلية الانتفاع لامكان استنباط ماء جديد لها
يكون اتلاف منفعة الارض باختيار الفسخ خصوصا مع بذل المالك لما يتم به الماء فيغرمها كالاجارة وان اختلفا في التقسيط
باعتبار المسمى واجرة المثل كما انه يتجه ضمانه في صورة تجدد عدم قابليتها للانتفاع بالزرع اصلا لاجرة المثل عما سلف
من المدة بناء على اقتضاء ذلك الانفساخ من الاصل بمعنى ظهور بطلان المزارعة من اول الامر لكون المنفعة فيه مضمونة
ولو بالحصة التي مع بيان عدم الماء يقوم مقامها اجرة المثل فان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده واحتمال العادة [illegible]
الفاضل والشهيد ذلك بما فيه تصريحهم بالخيار المقتضي لوجود الصحة فمن نحن فلابد ان يكون التفريع لذا الحال ـــ
في جميع صور المسألة في المزارعة والاجارة للزراعة التي هي مثلها في الحكم انا اذا فقدت الزراعة بسقطها مورد الخطاب انما
اذا كانت دائما لكون الارض معدة لذلك ومعظمها لذلك فاتفق تغيبها في الاثناء وخروجها عن القابلية
لتعذر الماء مثلا فالمتجه الخيار لقاعدة الضرر لامكان الانتفاع بها في غير تلك المنفعة لا بنا فيه وانه قابلية نفع الزرع
الا انه قد حصل موجب الخيار فينفصل الارض عن الحال التي اقدم عليها به واستأجرها له [illegible]
ومن الغريب ما في [illegible] قوله اعلم ان قول المصنف الا مع العلم [illegible] بعدم [illegible] المزارعة والاجارة للزرع مع [illegible]
٦٧ لها وهو صحيح على القول بجواز التخطي الى غير المنفعة المشروطة مما يكون مساويا او اقل ضررا [illegible] المالك في المزارعة

جا
في المزارعة لعدم امكان الانتفاع الذي يحصل به الحصة المشترطة فيتوقف عليه اما في الاجارة فيجب عليه المسمى لفقد الا
وعلى البطلان فلا يجب شيء اذ لا يخفى عليك عدم احتمال ذلك في المزارعة التي وقع عقدها على الزرع وكذا الاجارة الزرعي
من تعيينها الزرع وان المتجه وجوب اجرة المثل مع البطلان من رأس كما عرفت حتى في المزارعة ـــ وكيف كان فاذا اطلق
المزارعة زرع العامل الذي هو المخاطب بالزرع والمراد منه العامل ما شاء من افراد الزرع التي يشعر بها الاطلاق ضرورة كونه
المطلق كغيره من المطلقات في الانصراف الى المعهود المتعارف ان كان وعدمه فما وقع من بعض الناس هنا تماما فهلك في ذلك
معلوم في ذلك انما هو ذلك الى العامل اذا كان البذر من عنده اما لو كان من عند صاحب الارض فالتخيير اليه بطريق اولى الى
الزارع وفيه انه لا منافاة بينهما بعد فرض ظهور الاطلاق في ذلك وانه المخاطب المأمور بالزرع وعلى كل حال ـــ
فالتخيير مع الاطلاق لصلاحيته لكل فرد من الافراد التي يشعر بها الاطلاق لوجوده في ضمنه واصح منه ذلك التعميم لكن عن كركي
انه قد توجب التعيين مع الاطلاق لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم من تركه الغرر بخلاف العموم
الدال على الرضا بالاضر ورده في لك بان المالك راض معه بذلك انه من حيث مطلق دخوله تحت الاطلاق المقرون برضاه
فالاولى تفرق بينهما بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد والملازم من الرضا بالقدر المشترك الرضا
بالاشخاص ضمنا اذ ليس في اللفظ اشعار بذلك الوجه ولا دلالة على الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره اذا رضا بالقدر
المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل الاعلى او ادنى بان يتاول بينها وهو المتوسط لا الاشد
بخلاف العام الدال على الرضا بكل فرد فرد ورده في لك ايضا بان حاصله ان القدر المشترك المعنى المصدري نفس
الحقيقة لا اللوازم اللاحقة لها وهو في مسئلتنا الزرع الحاصل بكل فرد من افراد المزروعات لانها مشتركة في هذا
المعنى وان لم تشترك في الضرر بعضها يشكو قلنا ان المطلق هو الدال على الماهية بلا قيد او الكلي بلا ملاحظة لكل فرد على
الناس ظاهرة وان اختلفت في القوة والضعف بل وعلى الاقل خفيفا حكموا بان الامر بالضرب يتحقق امتثاله بكل
جزئي من جزئياته كالضرب بالعصا والسوط ضعيفا وقويا ومتوسطا حتى قيل الامر بالامر بكل جزئي او اذن في
كل جزئي ثبتت للتركيب في عدم دلالة المطلق على ارادة الافراد بل يدل بحيث في الذهن ويكون عنوانا ولا يحصل شيء منها
فيه والرضا به رجح لتحديدها بما على اختلافها ان يجري به فيما يعتبر فيه المعلومية وعدم الغرر بخلاف التكاليف التي يراد فيها
وجود نفس المطلق والفرد انما هو مقدمة ولا مدخلية للغرر والمعلومية في شيء منها ثم قد يناقش في اصل اعتبار المعلومية
التي لا يجري فيها المطلق هنا ثم انه لا يخفى عليك ان ما ذكره من الفرق لا يقتضي عدم جواز المطلق بل مقتضاه الا
على الافراد المتساوية في مقدار الضرر دون المتوسطة والشديد اللهم الا ان يدعي بجهولية ذلك فيبطل من هذه
الجهة وانه العام وكيف ـــ كان فان عين رب الارض الزرع على العامل شخصا او نوعا وعلى كل حال ـــ
لم يجز له التعدي الى الاخر قطعا لعدم الوفاء بالعقد والشرط وح فلو زرع ما هو اضر والحال هذه كان لمالكها اجرة المثل
ان شاء فسخ العقد بالخيار الحاصل له بعدم الوفاء بالشرط كالبيع والاجارة او المسمى ان شاء لزومه مع الارش للنقص
الحاصل في الارض بسبب زرع الاضر فيها كما صرح بذلك كله الفاضل لكن اشكله ثاني المحققين والشهيدين واتباعهما بان
الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة زرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن فلا وجه لاستحقاق
المالك فيه الحصة فوجوب اجرة المثل خاصة قلت كان ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين ولو
على جهة الاشتراط ولا ريب في فساده على التقدير المذكور بل قد يقال بعدم تشخيصها بذلك معه بل كان ما وقع فيها منه بمعنى
على جهة الشرطية فان حقيقة المزارعة ليست الا زرع الارض بحصة من حاصلها كما ان ما كان في الحاصل وغاية ما يذكر التعيين من الشرائط

لا انه ممنوع للمزارعة ملكين صريح الاكتفا بالامكان في المضاربة التي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدى عن جنس
الى غير ذلك المكان الا ان الترك للملاك في عقد لازم وقد عرفت في كتاب البيع اقتضاء عدم الوفاء بها الخيار لمن له الشرط
ان يجري ما ذكره المصنف والفاضل من الفسخ والمطالبة باجرة المثل معه من المسمى من الزرع الخصوص الداخل تحت المراد
ولم الارش عوض النقصان الحاصل بينه لعدم الاذن فيه بالخصوص ومن هنا يتجه عدم انفساخ المزارعة بتعذر
المعين خصوصا اذا كان شخصا لا انه شائعا كما قد يظهر لو كان ايضا في قوله ولو كان قد زرع الاضر من الذي عينه يحتمل ان ي
المراد من التعيين مقدار الاذن في الانتفاع بالارض نحو ما في الاجارة والنسبة الى المالك لكن اشكله ثاني المحققين بتحديد
ايضا بان غرض المالك ليس منحصرا فيما يتعلق بمصلحة الارض بل المقصود الذاتي له انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة
لا مقصودة بالذات ولا شك ان الاغراض تختلف في انواع المزروع فربما كان غرضه بالاشعر ثان من حيث نفعه والحاجة اليه
وان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالخف وان انتفت الارض به الا ترى ان الارض لو انتفعت بترك الزرع ثانيا
لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا الى مصلحة الارض فالاقوى عدم التعدي مطلقا ثم قال هذا يجري
في اجارة الارض لزرع نوع معين فان عدل المستاجر الى زرع ما هو اخف ضررا منه فيحتمل لان الغرض في الاجارة
للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين مع زيادة تخفيف الضرر عن ارضه واولى منه لو ترك الزرع
طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الارض لحصول مطلوبه وهو الاجرة بخلاف المزارعة فان
مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا يتبدل على الرضا بغيره ولا يتم وله بوجه قلت ولعله لذا كان صرح الفاضل
هنا بين الفسخ واخذ اجرة المثل واخذ المسمى مع ما سمعته في زرع الاخر الا انه لا ارش هنا لعدم النقص لكن الجامع
ايضا انه لا يخفى عليك ما عرفته من عدم الوجه للخيار المسمى من الزرع الذي لم يدخل في عقد المزارعة وحينئذ فالمتجه بل لعل الظاهر
عدم الخيار ايضا والتحقيق في المسألة ان يقال ان كان المقصود من التعيين تقدير الاذن في الانتفاع بالارض فلا
ريب في صحة ما ذكره المصنف خصوصا في صورة تقدير الاخر الذي هو للمعين وان كان المقصود من ارادة المعين فالاصح
ما ذكره الفاضل خصوصا في صورة التعدد لما سمعته سابقا من ثبوت الخيار بنحو ذلك من الشرائط وكذا مع الاشتباه
الحال لحلقه في حكم العقد ضرورة كونه حينئذ بيانا للاذن في زرع ما يراد منه في صورة الاطلاق والتعيين ثم حينئذ فان
المسألة غير محررة في كلامهم حتى مسألة الاجارة التي ذكر المصنف ان القول بلزوم المنفعة المخصوصة وعدم جواز التخطي
منصوصا على ما سماه المصنف من كلامهم من كون ذلك مستحقا للاجارة وغيره واضح بين الانتفاع بالارض الذي لم يحصل الاذن
فيه وبين عدم الانتفاع اصلا فانه لا يتصرف فيها بغير اذن المالك بخلاف الاول الذي يتجه عليه اجرة المثل بناء على ما
ذكروه كما ان المتجه بناء على ما ذكرناه مع فرض عدم ارادة التعيين بذلك الخيار فلذا لا يشكل ما لو رجع باجرة المثل والامضاء
والاقتصار على المسمى ولو زارع عليها او اجرها للزراعة ولا ماء لها فعلا مع علم المزارع لم يتخير لاقدامه على ذلك وكذا
مع الجهالة فله الفسخ لتضرره بانقطاع الاتيان بالماء لها بحفر بئر او غيره مع احتمال عدم كفايتها وقد تقدم للكلام
تحقيق المسألة في ذلك وانه جزم جماعة منهم الشهيدان ثانيا بالبطلان لفقد الشرط الذي هو امكان الانتفاع بها بالزرع
من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل لا التخيير المذكور لانه نحو فرع الصحة بل لعل الحكم بالشرط المذكور مع التخيير المذكور
من المتنافيين كما في المسالك هنا نعم لو ذكر له هنا ما لعله يمكن الجمع بينهما بحمل هذا التخيير على ما لو كان للارض
ما يمكن الزرع والسقي به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تحصيل اجرة ساقية ونحو والمنع على ما لو لم يكن لها
ماء مطلقا وهو جيد لو ثبت ان مثل هذا القدر يوجب التخيير وان الاطلاق يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة الا ان الاطلاق

اطلاق كلامهم يأباه فانهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل وبالتخيير على عدم الامكان وايضا فان احداث النهر
والساقية ونحوهما لازم للمالك سواء كان معتادا او لا كاستئجار التخيير عليه ولا فرق في بين كون الماء معتادا وغيره في عدم الكلفة
على الزارع والاقوى عدم الصحة هنا على ان لفظ الاطلاق ومثله ما لو استأجرها للزراعة قلت لعل الثاني في كلام الفاضلين واتفاقهما
على القطع بالصحة في صورة العلم بلا تخيير وانما اختلفا في صورة الجهل ففي الارشاد البطلان وفي المتن وغيره التخيير بما اشرنا اليه سابقا
من انه لا اثم في الصحة واللزوم مع الامكان بمعنى القابلية فعلا ولو باحداث ماء لها واما الارض المحتملة لتحقق القابلية ببلوغ ماء
ايجاد ماء صالح للزراعة وعدمه فلا ينبغي انه يصح عقد المزارعة عليها مع العلم بحالها رعاية واما مع الجهل يحتمل التخيير لما
في الانتظار من الضرر كما في المتن وغيره ولانه عيب لان يختلف الوصف في المبيع والبطلان كما في الارشاد لتعارض القابلية المتحققة
في الاقدام على ارض المزارعة ولعل الاولى للتخيير من قوة ارجحية ان نقل الاصحاب ولا ماء لها اعم من عدم امكان زرعها ولو مع امكانه
بنقل الماء او تطبيقه او نحو ذلك بل الظاهر بقرينة ما ذكروه من الشرط ارادة امكان زراعتها الا انه على ذلك الوجه ولا ريب في الصحة
واللزوم ح مع العلم والخيار مع الجهل بكون زراعتها على هذا الوجه او البطلان كما سمعته عن الارشاد لما ذكرناه من كون المقصود
غيرها للعادة والله العالم هذا كله في المزارعة وفي الاجارة ايضا انا كما نعوز العقد فيها الزراعة اذا لو استاجرها مطلق
ولم يشترط الزراعة لم يفسخ وانه لم يكن عالما بحالها لامكان الانتفاع بها بغير الزرع الذي لا يشترط في صحة اجارة الارض امكانه
ضرورة كونه نوعا من انواع الانتفاع ولا يشترط في استئجار شيء ان يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه بل يكفي امكان مطلق
الانتفاع حيث تطلق وهو هنا ممكن لامكان الانتفاع بالارض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا ومراحا ونحو ذلك وان
كان الغالب في الارض الزراعة الا ان مطلق لا تقييدا لاطلاق الا ان تكون على وجه يفهم ارادة ذلك من الاطلاق ولو مع انضمام بالقلنزم
قرائن الاحوال وغيرها فيتجه البطلان لا الخيار اللهم الا ان يكون الزرع معظم المقصود منها والذي الجأه الى استئجارها فانه لا يبعد
الخيار للضرر وعلى كل حال ـــــ فقد بان لك انه لا خيار مع اطلاق الاجارة الخالية عما يقتضي تقييده وكذا لو علم
او شرط الزراعة وجعلها مورد العقد كاجارة الارض ولكن كانت في بلاد يسقيها الغيوث عادة لاطلاق الادلة وعمومها
التي لا فرق فيها بين كون الماء من غيث او زيادة نهر او ساقية او غير ذلك كما هو واضح ولو استاجر للزراعة ما لا يحسر عنه
الماء وكان جاهلا بذلك لم يجز لعدم العلم بمحل الانتفاع من الارض ولو علم المحل فرض بذلك المستاجر قيل جاز لكونه كما يستأجر
الارض التي لا ماء لها للزراعة ولكن قيل بالفرق بينهما فيحكم بالمنع هنا لجهالة الارض بخلافه هناك كما تحسنا ثم لو فرض
علم الارض سابقا وكان الماء صافيا يمكن معرفة الارض معه اتجه ح تساوي المسألتين في الحكم بعد فرض امكان الزرع في المقام
بزرع ما لا يضره الماء او بعلاج صرف الماء او غيره ذلك ضرورة عدم الفرق في عدم استعداد الارض للزراعة بين كونه من عدم الماء
لها او من عدم انحسار الماء عنها فيتجه القول بالصحة مع العلم وبالخيار مع الجهل نحو ما سمعته في المسألة السابقة واحتمال
عدم الصحة منهما باعتبار عدم استعداد الارض للزراعة فليست من ارض المزارع بل ربما كان استيجارها للزراعة او المزارعة
عليها على هذا الحال غير جار على قياس افعال العقلاء يدفعه عموم الادلة واطلاقها واقصى ما في هذا الحال تسلط على الخيار
مع الجهل وكذا احتمال البطلان حال الجهل خاصة الذي سمعته من الارشاد في المسألة السابقة فانه لا ينبغي ان يتعلق المعتاد على
خلاف ما وصفنا المتسلط على الخيار وبذلك كله ظهر لك ان مراد الاصحاب في المسألتين تعذر امكان الزرع الذي هو صحته
الا انه على غير الوجه المعتاد في ارض المزارع لا ان المراد بما ذكروه من عدم الماء او عدم الانحسار الكناية عن عدم امكان زرعها فان
ذلك لا يناسب الخيار ولا التعليل بالجهالة كما هو واضح بادنى تامل مع حسن الظن بهؤلاء الفحول وعلى كل حال ـــــ
فان كان الماء الذي لا يحسر قليلا يمكن معه الزرع جاز ولكن يتسلط ايضا على الخيار مع نقصان في الزرع والجهل بحالها

ولكان المادة يتحرعنها بحالم يتيح لجها لزوقت الانتفاع وان رضي بذلك المستاجر طريقة عدم كفاية القنا بناء على شرط الصحة
فيها لكن فعد بيناالمنع لعدم رضا المستاجر لعدم صحح وذلك هذا التمايز فيما يمكن كالعيب المجبر بالرضا والخيار لا فالجهالة معلى
تقدير الحاجة بر نظر الى امكان الانتفاع فالجملة انما يوجب امتناعه تدريجا ونقصان المنفعة تدريجا للحكم بعدم الصحة بل يبقى
تخيير المستاجر مع الجهل وح فما اطلقه المص اوضح فلك ان ثبت ان مثل هذا الجهل يقدح في الاجارة خصوصا نحو معلومية الحاصل
عنها في وقت صلاحية الزرع في الجملة والغرض استيجارها مدة تشتمل على ذلك مالم تتشخص والحصة الا بحسب ادراك
اواخره ولعل العلامة لوط ذلك فهم بالصحة مع الرضا اما حكمه بالفساد مع الجهل فلما عرفته غير مرة من احتمال انصراف العقد الى الارض
المعدة للزرع على المعتاد ولذا كان الاقوى ثبوت الخيار مع ذلك لا الفساد لكون المفروض وقوع العقد على الارض المستجمعة
حينئذ ثم لا يخفى عليك جريان هذه الاحكام في المزارعة على الارض المذكورة فلذا ذكرها في بابها ايضا استطرادا حكم الاجنبي او التقييم وربما
قيل في حاشية الشيخين بان المنع مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فجائزة والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية في الاجرة والمدة
من العلم بمقدار مقابلها من المنفعة بخلاف المزارعة التي كان العوض فيها الحصة المجهولة فيتسامح فيها بالجهل من المنفعة بالانتاج
بل فيه نظرها الا ان ظاهر الاصحاب خلافه وانه لا فرق بين المزارعة والاجارة للزرع في ذلك واعتماد الجهل في الحصة والحاجة
التي ثبتت على ذلك لا يقتضي اغتفار الجهل من جهة اخرى وانما العالم ولو شرط الغرس والزرع فاستيجاره الا اضعف يفهم من ذلك
التنصيف فتفتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضررهما وكذا لو استاجرها لزرعين او غرسين مختلفي الضرر للعرف الحاصل
من الاطلاق الذي هو بالنسبة الى ذلك كالمجمل ممكن الاقتصار مع في الاضعف على متساوه لكن في ذلك هنا هـــــذا كله اذا استاجر
لها مطلقا اما لو استاجرها فينتفع بها بما شاء صح ولم يجز لان ذلك تعيين في الافراد وقدم على الرضا بالاخر وفيه انه مناف لما
ذكره سابقا من عدم الصحة فيما اذا اطلق المزارعة وزرع ما شاء من انه المطلق كالعام بالنسبة الى ذلك فيصح جعل العنوان في المزارعة
والاجارة ويكتفى بدلالته من حيث صلاحيته كل فرد للتحقق على الاذن لكل فرد من الافراد ان تفاوتت في الضرر لانه ملك منه رضا
بالاضعف كان التحقيق خلافه وانه لا دلالة في المطلق على ذلك وليس من جهة تعيين يكتفي به في ذلك بخلاف التعميم فانه جهة تعيين
لها ولو بالعموم ضررية لكون العموم معارضا بخلاف الاطلاق فانه يتبق وخارج عن الافراد ولا يخطر في الذهن لبحث نعم بناء
على جواز جعله عنوانا في المزارعة فلا يجب الاقتصار في زرع الافراد المتساوية في مقدار الضرر ولا يجد ترجيح الاخر فانه لا دلالة ٢ ذرع ٣
فيه على الاذن به وان كان موردا للمطلق ايضا ولعله لذا اعتبر هنا التعيين عند ذكر الزرعين والغرسين المختلفين في الضرر واكتفى
بالاطلاق هناك او انه فرق بين المزارعة والاجارة ولو فرض عدم تساوي افراد الزرع اجمع وعدم معرفة الاقل ضررا منها تحرج
عدم الاجتزاء في الاطلاق وبالجملة فرق واضح بين المطلق والعام كما انه من الواضح هنا الحكم في المقام الا مع فرض انسياق التنصيف
وانه العالم تفريع لو استاجرها مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالبا صح مالم يكن سفها لاطلاق الادلة وعمومها بل
قيل يجب على المالك ابقاؤه بالاجرة او اذا انه مع الارش لان المستاجر غير متعد بالزرع اذ الفرض كونه مالكا للمنفعة تلك المدة
فله الزرع وذلك وجب على المالك ذلك لمفهوم قوله ليس لعرق ظالم حق الذي يحكى عن بعض المحققين اجماع الاصوليين عليه في
هذا الحديث وانا ضعفنا في دلالة مفهوم الوصف فيجبر وح وجب الجمع بين الحقين وهو انما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذي
يمكن دعوى ترجيح حقه على الاخر فلذلك استاثر بالتخيير المزبور وقيل له ازالته كالو غرس بعد المدة فلك ازالته له لانه دخل على الالحاق له
بعد المدة او منفعة المدة المبذولة في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا وهو القوي عندنا فانه شبهة لا اصل الذي هو
اشبه عند المص قال ومعدم تعدي المستاجر بزرع في المدة لا يوجب له حقا بعدها مع انه التعميل اليه المفهوم ضعيف ومعرض ٢ استادم
الاجماع منا على العمل به لم يثبت وعلى تقدير صحته نمنع من كونه بعد المدة غير ظالم لانه واضع عرقه في ارض لاحق له فيها مالم المالك باخذ

باخذ الاجرة او الارش على خلاف الاصل فلا يصار اليه بل قلت لك قد يتوقف بعد عدم معلومية فساد دعوى الاجماع المزبور بل ٢ ذلك ٣
هو قد عمل بها لو استاجر للزرع مدة يدركه فيها غالبا لكن اتفق عدم ادراكه فيها لا لتقصير بل لكثرة الامطار او تغير الاهوية ل ١٢ الامطار
او غيره فاوجب الجمع بين الحقين بالابقاء بالاجرة ان الظاهر من الخبر ثبوت الحق لمن كان اصل وضع عرقه بحق واستحقاقه الحق
من حيث الاجارة لا ينافي ثبوته من الخبر المزبور والظاهر بكون اجماع لامكان ظهوره في استحقاق الابقاء على وجه يجب على المالك اجابته
مع دفع الاجرة وليس له القلع ح وان بذل الارش الا ان الظاهر كون التخيير المزبور بيد المالك وربما كان دعوى بعضهم في وجه التخيير
دفع تخيير الغرس لملكه الا انه كما ترى وان كان في بعض الاخبار نوع شهادة له والله العالم بحقائق احكامه فستأنف
الاولى اذا كانت من احدهم الارض ومن الاخر البذر والعمل والعوامل صح بلفظ المزارعة وكذا لو كان من احدهما الارض ٣ حسب ٣
والبذر ومن الاخر العمل او كان من احدهما الارض والعمل ومن الاخر البذر وبالجملة جميع الصور المتصورة في هذه الاربعة كلا او بعضا
بين المزارع والمزارع جائزة نظرا الى العموم والاطلاقات بلا خلاف اجده في شيء منها عندنا بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليه
نعم في شدة في صحة كون البذر من ثالث غيرهما وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع وفي ذلك ونحو ذلك من عدم الدليل
والعقد والكون مع الشرط من توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشرع ولم يثبت منه مثل ذلك الا عمل
في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله اليهود على ان يعملوها ولهم شطرها يخرج منها وله شطر الاخر وليس فيها المعاملة مع
الكل من واحد وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا ولان العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل هو العامل
فلا يخرج العقد عنهما ويحتاج اثباته الى دليل بل في الاقل منها الا احجه عدم الصحة ما نكره عليه في بعض حاكيا له عن الاردبيلي
ايضا بمنافاة ذلك للاطلاق الادلة ولما يفهم من خبر قصة خيبر وان اليهود كانوا كثيرين ونحوهم البقرة ولما هو معلوم من جواز ذلك
في باقي العقود من تعدد الموجبين والقابلين الا ان الجميع كما ترى ضرورة عدم تناول الاطلاق لما هو المفروض الذي هو تركب
العقد من ثلثة او اربعة على وجه تكون اركانا له وان المزارعة تتركب من مالك ارض وذي عمل ومما ذي عوامل ومن ذي بذر
لم يعهد في شيء من العقود بل لان المراد عدم صحة وقوع المزارعة من اكثر من اثنين بمعنى عدم جوازها من الشركاء فارض مشتركة
عدم جوازها جماعة على وجه الشركة في عمل الزراعة فان ذلك لا يتصور صدوره ممن له ادنى دربة بل يمكن القطع به من ملاحظة نصوص
الاكرة والعلوج وغيرها وقصة خيبر انما هو من ذلك لا من محل الفرض الذي لا دليل على جوازه كما لا يستفاد من فعل الائمة في خراج
الربيع الشامي وغيره المفروض فيه التسمية للبذر ثلثا وللبقر ثلثا لا ينبغي ان يسمي بذرا ولا بقرا ولكن تقول لصاحب الارض ازرع
ارضك ولك منها كذا وكذا نصفا او ثلثا اما كان من شرط ولا تسم بذرا ولا بقرا فانه يحرم الكلام عدم جواز ذلك والا كان
ما في هذه النصوص ساقطا اذلم احد احتمل بعضهم بفساده ما يحكى عن ابن الجنيد قال ـــــ ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم
وابدانهم في مزارعة الارض واجارتها اذا كان على كل واحد قسطه من المؤنة وله جزء من الغلة ولا يقول لاحد ثلث للبذر وثلث للبقر
وثلث للعمل لان صاحب البذر يرجع الى بذره وثلث الغلة من الجنس وهذا ربا فان جعل البذر دينا جاز ذلك ومن ابن ابراج
لا يجوز ان يجعل للبذر ثلثا وللبقر ثلثا ويمكن ارادتهما ايضا ما ذكرناه لكن في لف بعد ان ذكر النصوص المشتملة على ذلك والوجه
الكراهة ولا ربا هنا اذ الربا انما يثبت في البيع خاصة قلت ـــــ بيان الكراهة التعليل في النصوص بانه انما يحرم الكلام المراد
منه بحسب الظاهر الحرمة والفساد مع هذه التسمية والتدفع بجعل ذلك لو جعل الحصة في مقابلة الزراعة وان كانت هي في الواقع
ملاحظة في مقابلة ذلك كما هو واضح وليس المراد الربا حقيقة بل المراد صورته او في خصوص ما لو جعله قرضا مشترطا ذلك ولكن
نك ربا قطعا في ثلث البقر مثلا كما هو واضح ومن الغريب ما في حواشي المجلسي من ان قوله للبذر ثلثا الخ يحتمل وجهين احدهما ان
الكلام للتمليك والثاني كونهما غير قابلين لذلك وثانيهما ان يكون المعنى ثلث باراء البذر وثلث بازاء البقر فانه ليس لشيء منهما الوثائق الابذ

انتهى كلامه ولا يخفى ان الاولى حمل هذه النصوص على ارادة عدم جواز تعذيع ما ثبت شرعيتها جعل الحصة على غلة الزرع بل مقتضى ذلك
عدم جواز بعض الصور التي قد سمعت انها مجمع عليها كتحقق المزارعة بدفع بذرة او بعضها او البذر او بعضها الا ان الاجماع اخرجنا
عن ذلك واما ما في ايدي الناس الان من اشتراك المالك والفلاح وصاحب البذر ثلاثا فتدبيق انها بعقدين لا عقد واحد يعني
ان المزارعة تكون بين صاحب الارض والبذر ثم صاحب البذر الذي هو المزارع يزارع الفلاح على النصف من حصته مثلا او تكون
بين صاحب الارض والفلاح ثم هو يزارع صاحب البذر بالنصف من حصته مثلا لما ستعرف من ان للمزارع ان يزارع وان كانت
بحكم اثم اللهم الا ان يحمل مثل ذلك بيرة كاشفة عن جواز مثل ذلك لكن لا ريب ان الاحوط خلافه بل لعل الاحوط عدم الاكتفاء
في تحقق المزارعة بدفع بعض العوامل كما يستعمله اهل الرهم اعطاء الدابة بالسدس او الثلث او اكثر وكيف ـــ كان فلو
كان العقد على النحو المزبور بين الاثنين بلفظ الاجارة لم يصح لجهالة العوض الذي هو اثلث ما تزرع ولا يجوز مثله في الاجارة
كما ستعرف بخلاف المزارعة اما لو اجره بمال معلوم مضمون في الذمة او معين موجود من غيرها او منها جاز ولو كان المضمون من جنس
ما يزرع فيها كما عرفت الكلام في ذلك مفصلا بل قد عرفت ان الاصح عندنا جواز ذلك مزارعة وان كان بلفظ الاجارة بناء على جواز
العقد بالمجاز على المراد في العقود اللازمة وانه المعلوم المسئلة الثانية اذا تنازعا اي المزارع ورب الارض في المدة فالقول
قول منكر الزيادة مع يمينه سواء كان العامل او المالك لاصالة عدم استحقاقها لمدعيها وكذا لو اختلفا في قدر الحصة فادعى
المالك قلتها وادعى العامل زيادتها فالقول قول صاحب البذر وان كان هو مدعي الزيادة لاصالة تبعية النماء بلا خلاف اجده في
شيء من الحكمين لما عرفت من ان مدعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة ترك لكونه مدعيا بهذا المعنى انه تكن في جامع … لولا الاجماع
لا مكن ان يقال انهما اتفقا على عقد تضمن تعيين مدة وحصة فتركا الاصل المذكور وكل منهما مدع لشيء ومنكر لما يدعيه ولئن لم
تكن دعوى الزيادة … فانه اذا ترك العامل ما به فلم يجر هذا الا وقع الاختلاف عند انتهاء الاخر ويجب التحالف ولا جواب
عنه في ذلك بان العقد المتضمن لهما انما اخرج عن حكم الاصل اقل المدة والحصة اتفاقا وقد مضى لها فيبقى انه لا زيادة فيهما بحاله
لم يخرج عن حكم الاصل تبع والمراد من يترك اذا ترك في نفس تلك المدة … وهو هنا المدة الزائدة والحصة الزائدة اما العمل فهو امر
خارج عن البحث فلا اثر للمطالبة به في هذه المنازعة نعم ـــ لا ريب في عدم التحالف في مسئلة المدة لو كانت في مقام استحقاق
الزيادة منها من دون تعرض في التقدير لسببه ضرورة كون الاختيار على مقتضى الاصل اما لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد
اتفاقهما على كونه عقدا مشخصا ووقع النزاع في كيفية تشخيصه فقال المالك مثلا انه عقد قليلة وقال العامل … كثيرة
فلا ريب في ان المتجه التحالف لكون كل منهما مدع ومنكر … كل منهما الاصل والقلة والكثرة بالنسبة الى تشخيص العقد
على حد سواء في مخالفة الاصل الا ان كلام الاصحاب هنا تقديم قول مدعي القلة حتى لو كانت الدعوى على النحو المزبور واما الحصة
فالقول فيها قول صاحب البذر وان كانت الدعوى كذلك لاصالة تبعية النماء اللهم الا ان يقال ان التمليك هنا المزارعة المفيد تشريكا
للعامل والمالك في النماء البذر وصنعة الارض والعمل والعوامل سواء كان البذر من المالك او العامل فلا اثر لتبعية النماء
هنا فانه يفيد التمليك لولا عقد المزارعة … فالتمليك مستند اليه لا الى التبعية المزبورة حتى بالنسبة الى صاحبه
ومن يتجه التحالف لولا ظهور اتفاق الاصحاب على ان القول قول صاحبه نعم لو فرض خروجه عنهما اتجه التحالف لكنه كما ترى
ضرورة عدم تمليك عقد المزارعة ما هو ملك للانسان نفسه فالنماء جزء من الاصل نعم قد يقال ان فرض كون الدعوى في تشخيص العقد
المتفق على وقوعه بينهما فلا ريب في اقتضاء الاصل نفي كل منهما وموافقته … القلة الا ان البذر لاصالة التبعية لا يقتضي
ترجيحه على وجه يكون فيه منكرا خصوصا مع امكان معارضته في بعض الصور باصالة عدم استحقاق منفعة الارض مثلا او ادعاه
من الحصة لو كان البذر للعامل الذي يزعم دعواه القلة بل لعل صاحب الارض هو كصاحب البذر بالنسبة الى ذلك فيهما اما …

ما ذكره في ذلك في الرد على المحقق الثاني في توجيه كونه مدعيا بانه يترك اذا ترك فهو في محكم ضرورة انه يترك مطالبته بالعمل بالنسبة
الى ما ادعاه من الزيادة لا مرهما من المدة التي اعترف بثبوتها عليه ولو في ضمن الزيادة التي ادعاها كما هو واضح هـــذا كله مع قطع
النظر عن كلام الاصحاب والا فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت اجماعهم عليه بل لعله يتكلف موافقته للقواعد ايضا بحال …
وعلى كل حال ـــ فان اقام كل منهما بينة حتى ما ادعاه بني الحكم على تقديم بينة الداخل والخارج والاقوى الثاني وهو
فيما نحن فيه مدعي الزيادة في المدة والحصة ولم يكن له البذر ومتى قامت البينتان على مقدار الحصة قدمت بينة العامل
مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك وقيل يرجحان الى القرعة التي هي لكل امر مشكل ولا ريب في ان الاول اشبه باصول
المذهب وقواعده التي منها البينة على المدعي واليمين على من انكر وبها يرتفع الاشكال الذي هو موضوع حكم القرعة
انما الكلام في اطلاق المصنف تقديم قول العامل وكذا في تلف قال لو اختلفا في الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه فاذا
اقام كل بينة قدمت بينة العامل لانه الخارج ولان القول قول المالك فالبينة بينة العامل وقيل يرجحان الى القرعة وليس بجيد
ويمكن تنزيله على ما اذا كان المالك صاحب البذر او تحقق بتقديم بينة العامل هنا وان كان هو صاحب البذر هنا لانه وان كان
داخلا بالنسبة الى قبول قوله عند عدم البينة لاصالة التبعية لكنه خارج عند قيام البينة لكون صاحب الارض هو ذو اليد على
ما ينطبق الاصل عدم خروج منفعتها الا بقوله فيكون العامل خارجا فتم جيدا المسئلة الثالثة لو اختلفا فقال الزارع اعرتنيها
وانكر المالك حلف على نفي العارية وان ادعى مع ذلك الحصة او الاجرة ولا بينة له فانه منكر بالنسبة الى نفي العارية على كل
حال ـــ وصح فالقول قوله اي صاحب الارض بالنسبة الى ذلك ولكن يثبت له اجرة المثل المساوية لما ادعاه او الاقل
منه لا الزائد على ما ادعاه من الحصة والاجرة المسماة الا انه مع يمين الزارع على نفيها حيث يحتاج اليه كما لو فرض زيادتها على
اجرة المثل تابع فرض قلتها عنده فلا حاجة اليه ضرورة وجوب ذلك عليه بيمين صاحب الارض على نفي العارية فانه يثبت له الاقل
من اجرة المثل وما ادعاه لانه مع فرض زيادة اجرة المثل عنه فقد اعترف المالك انه لا يستحق ازيد مما ادعاه من الحصة والاجرة ومن يتجه
يمين الزارع على نفيهما مع فرض زيادتهما على ذلك اذ مع المساواة او القلة فلا فائدة فيه لوجوب تاديته ذلك على كل حال ـــ
ثم لو فرض تعلق غرض خصوص لكون الاجرة عينا مشخصة مثلا او لعدم ارادة الاعطاء من خصوص الزرع اتجه يمينه على
نفي دعوى المالك والرجوع الى اجرة المثل لانه لا ريب … كون المتجه في المسئلة ثبوت اجرة المثل وان زادت على …
بحجيتها بان التحالف يقطع الدعوى فيبطلها ويجعلها منزلة العدم بل يدعيها المالك حينئذ بالاجارة بالاتلاف هو غلطنا …
ضرورة اقتضاء اليمين نفي ما يكون على الحالف لا اسقاط مقتضى حكم الاتلاف … اليمين كما هو واضح والمحقق مما …
الاردبيلي في نظر المسئلة من ان القول قول مدعي العارية لاصالة برائة الذمة ولان اليمين على نفي الاجارة والمزارعة يوجب سقوط
الاجرة والحصة وعوضها الذي هو اجرة المثل لذهابها باليمين بما فيها … الاصل البرائة مباعدة القواعد المستفادة من …
من اتلف وعلى اليد ونحوها وانه لو تم عدم ضمان كل متلف كل مال مسلم بدعوى الصحة بل لا يحتاج الى الدعوى باصالة البرائة والتام
واضح الفساد والفرق بين المنفعة والعين اوضح فسادا وذهاب اليمين بما فيها انما هو بالنسبة الى المخصوص من نفس الحصة والاجرة
المسماة لا اجرها كما هو واضح وعلى كل حال ـــ فقد ظهر لك ضعفه وقيل في اصل المسئلة من انه يستعمل القرعة
انتهى … لكل امر مشكل ولا اشكال بعد ما عرفت فلا ينبغي ان القول الاول اشبه باصول المذهب وقواعده بل لم نعرف القائل بالقرعة هنا
بالخصوص وكيف ـــ كان فللزارع تبقية الزرع الى اوان اخذه بلا خلاف ولا اشكال معتد به لانه مأذون فيه باتفاقهما …
له حق الابقاء بناء على العمل بالعموم … للحق لعرق ظالم بل ليس للمالك المطالبة بالقلع الا انا لم نبطل الاجارة والمزارعة …
لو اراد المزارع اخذه قصيلا لعدم ثبوت حق له … على نفي المزارعة لانه ليس للعامل حق الابقاء بناء على جواز الرجوع

بالعارية وان كانت للزرع اخذا له باقراره بتبرعه بالعارية كما هو واضح هذا كله مع كون الدعوى على الوجه المزبور اما لو قال
المالك في جواب غصبتنيها وحلف على نفي العارية كان له ازالته ومطالبته باجرة المثل وارش الارض ان عابت وطم الحفر لكونه
حينئذ بحكم الغاصب الذي يترتب عليه ذلك ولم يكن ثم اقرار من المالك بالتبرع به ولكن هو من التداعي الاقل الذي يتجه فيه يمين على مدعي
العارية فاما ... من انه يحلف العامل على نفي الغصب ... بعد اعترافه بترتب الاحكام المذكورة التي يكفي فيها
عدم تحقق الاذن من المالك الحاصل بيمينه على نفي العارية التي يدعيها الزارع كما هو واضح المسئلة الرابعة للزارع بالفتح
ان يشارك غيره وان يزارع عليها غيره لحصته اما قلنا ولا يتوقف ذلك على اذن المالك بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بل عن
ظاهر الغنية الاجماع عليه لانتقال المنفعة اليه بعقد المزارعة والناس مسلطون على اموالهم نعم ليس له تسليم الارض الا باذن المالك على
الوجه الذي ستسمعه في كتاب الاجارة وفي موثق سماعة دلالة على ذلك في الجملة قال سئلته عن المزارعة قلت له الرجل يبذر فيه اخر
جريب اما قلا واكثر طعاما او غيره فيأتيه رجل فيقول له خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي بذرته في الارض ونصف نفقتك علي واشركني
فيه قال لا بأس دونا في النفقة قلت وان كان الذي بذر فيه لم يشتره بالثمن وانما هو كان عنده قال فليقومه قيمة عدل فليأخذ نصف
الثمن ونصف النفقة ويشاركه ولعله لذا اشترط بعضهم فيما حكي عنه في جواز المزارعة والمشاركة كون البذر منه ليكون تمليك الحصة
منوطا به قال وبه يفرق بينه وبين عامل المساقات حيث لا يصح له ان يساقي غيره كما سيأتي ولان البذر اذا كان من صاحب الارض فالاصل
ان لا يتسلط عليه الا المالك او من اذن له وهو المزارع ... لذلك في المزارعة قال واما المشاركة فلان المراد بها ان يبيع
بعض في الزرع مشاعا بعوض معلوم وهذا لا مانع منه لانه ملكه فهو يتسلط على بيعه كيف شاء ... فابتداء المزارعة اذ لا حق له
الا العمل وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز ... لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره وملكه للمنفعة والتصرف
في البذر بالزرع وان لم يكن بنفسه حيث لا يشترط عليه الاختصاص فيجوز نقله الى الغير كما يجوز الاستنابة ... بان البذر
حيث لا يكون ملكا له وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع وبه يملك الحصة ... ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير لانه عبارة عن نقل حقه
في ذلك اليه وتسليطه على العمل فيجوز له كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة ... ثم قال هذا كله اذا لم يشترط المالك
عليه العمل بنفسه والا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل كله او بعضه متعلقا بغيره ... فذلك يقتضي منع المالك من التصرف
في ماله فيكون منافيا للمشروع لان الناس مسلطون على اموالهم لان ذلك حيث لا يعارضه غيره ...
ذكرناه الراهن والمفلس ... ذلك ... لا يخفى عليك ... في تفسيرها المشاركة المذكورة في المتن
ببيع حصته بعد ظهور الثمرة وغيره ولو شرط المالك الزرع بنفسه لزم ولم تجز المشاركة ... ان لا معنى لها بناء
على انها عبارة عن شراء بعض حصة العامل بعد ظهورها وملكه اياها لعدم منافاة ذلك لاشتراط الزرع بنفسه حتى لو احتاجت
بعد الى العمل الذي يكون شراء الحصة منه مع المحافظة على ابقاء العمل بنفسه اذ هو في الحقيقة لحصته وحصة رب الارض
فليس هو ... الراجح ... وحصته ...
اتم من ذلك بل ... ومشاركة غيره معه بالعمل المشروط عليه ببعض الحصة المشروطة ... يرجع الى المزارعة في الجملة ...
ولا ينافيه ... ذكر المزارعة ... على ارادة عدم شركته معه في العمل بل يكون المزارع الثاني هو المستقل ويكون من الاول
... منفعة الارض مثلا او ... ان المراد الشركة معه في العمل ببعض الحصة بطريق الصلح ونحوه ... لانه لا وجه للمنع
من مزارعة الغير حتى مع اشتراط الاختصاص في العمل الا يعتبر في تحقق المزارعة العمل من المزارع كما عرفته سابقا بل يكفي فيها دفع
العوامل ... بل يكون مزارعة الغير على وجه يكون هو الاجير في العمل ولعله لذا اقتصر المصنف على عدم جواز المشاركة مع اشتراط
الزرع بنفسه بخلاف المزارعة حيث قال وللمزارع ان يزارع غيره وان يشارك عليها غيره وانه باذن المالك ثم لو شرط الاختصاص

الاختصاص لم تجز المشاركة ولا المزارعة الا باذنه ... يريد الاختصاص بالحصة ايضا لكن في صحة هذا الشرط بحث لعدم ...
ولما حكي من الاجماع في كتاب البيع على عدم صحة مثل هذا الشرط قياسا لذلك على الراهن والمفلس في غير مسئلة وكان الذي اوقع ثاني
الشهيدين في الكلام ذلك تفسيره الشركة هنا بما سمعت ونحو ما عرفت كما انه لا يخفى عليك ما في الوسيلة في عدم اعتبار كون البذر
منه في جواز المزارعة ضرورة كون ذلك مقتضى العمومات والمنع في المساقات ان كان للاجماع ونحوه لا يقتضي المنع هنا بل محكي
الغنية الاجماع عليه ... بل لم نعرف القائل به بالخصوص عدا ما في الحواشي المنسوبة الى الشهيد من نسبته الى عميد الدين ولا ريب في
ضعفه لما عرفته من كفاية عقد المزارعة في تمليك الحصة من غير حاجة الى ملك البذر كالمزارع الاول والخبر الاول لا دلالة فيه على ذلك
بل لعله خارج عما نحن فيه بكون المراد منه السؤال عن المزارعة بهذا الحب الذي ملك الزرع بالطريق المذكور لا انه اراد عقد المزارعة
ولان العامل ... ما ملكه بالمزارعة فتم جيدا المسئلة الخامسة خراج الارض ومؤنتها كاجرتها ونحوها على صاحبها بالاصالة
لانه ... العامل الزم ... عقد المزارعة ذلك ونحو بل في خبر سعيد الكندي قلت لابي عبد الله عم اني اجرت قوما ارضا
فزاد السلطان عليهم قال اعطهم فضل ما بينهما قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال انهم انما زادوا على ارضك ... فيه
قصور من حيث السند مخالفته في المتن للقاعدة ... ولذا قال ... ثم قال ولو يستفاد منه التعليل
استصحاب الحكم في كل موضع يشابه مورده كما يتفق كثيرا في بلاد ... الظلم على سكنة الدور ... بما يكتب عليهم فيقتضي ...
بانه ذمة اربابها ... لغرامة الى السكنة فان المظلوم من ظلم ولكن الحال في السند كما ترى ولا اجد له جابرا فيشكل الحكم به هنا
... قلت لعل ... بالخراج المذكور من الخراج الذي هو على مالك الارض ضرورة عدم تقديره ... السلطان فيه
بالاختلاف باختلاف الازمنة والرجوع به على المالك انما هو باعتبار اخذ السلطان العوض عنه فكانه قد اشترى ... السلطان
هذا كله ما لم يشترط على الزارع والا لزم لكن في ذلك لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض
لان الشرط لم يتناولها ... ولو شرطاها ... من الاصل والباقي بينهما كان لو شرط
المالك زيادة على العامل لانه عيناه ... بعض الناس بانه مناف لما يفيده ظاهر جملة من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهالة
صحيح داود بن سرحان عن ابي عبد الله عم في الرجل تكون له الارض يكون عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص فيدفعها الى الرجل
... يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة قال لا بأس وفي صحيح يعقوب بن شعيب عنه ايضا سئلته عن الرجل تكون له
الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال لا بأس بل في ذلك
انه ورد في النصوص ما هو اعظم من ذلك ... من الخراج ... قال ابراهيم ... سئلت ابا عبد الله
عن قرية لاناس من اهل المدينة ما ادري اصلهم ام لا ... في ايديهم وعليهم خراج فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا الي فاعطوني
ارضهم على ان اكفيهم السلطان قال لا بأس بذلك لك ما كان من فضل وفي صحيح داود بن سرحان سئلت ابا عبد الله عم
عن القوم يدفعون ارضهم الى رجل فيقولون كلها وادّ خراجها قال لا بأس اذا شاؤا ان يأخذوها اخذوها وخبر ابي الربيع قال
ابو عبد الله عم في رجل ياتي على قرية قد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها ... ولا يبدى
لهم ... فيدفعونها اليه على ان يؤدي خراجها فياخذها منهم ويؤدي خراجها ويفضل بعد ذلك شيء كثير قال لا بأس بذلك
اذا كان الشرط عليهم بذلك لكن في الرياض ... ذكر صحيح ابن سرحان الاول قال ونحوه غيره وفي الدلالة ضعف فانه غاية
نفي البأس ... الملازم للزوم الذي هو المطلوب ... مع جواز الرجوع ويكون المطلوب من نفي البأس ح بيان ...
مع حصول التراضي ... الصحيح اي صحيح ابن سرحان قد حكم فيه بنفي البأس ... مع تصريحه بجواز الرجوع فظهر ان
المراد من نفي البأس حيث يطلق انما هو بيان الجواز المطلق لا اللزوم الذي ... بان المقصود من التمسك بنفي البأس ... اثبات

الجواز دفعاً لما يتوهم من النهي عن التأثير من الجهالة وحينئذ رأيت الجواز حيث يذكر في العقد اللازم علماً بانه على لزومه وهذا هو الذي
في تمسك الاصحاب في العقد اللازم كثير من الشروط في العقود اللازمة بالنصوص التي غايتها نفي البأس عنها لا الحكم بلزومها ولكن هذا
انما يتم لو دلت النصوص على نفي البأس وانه ذكرت في العقد اللازم والا فالتمسك بها لذلك محل اشكال اذ المناط في نفي البأس عنهما
حيث يذكر في غير العقود اللازمة هو عدم المزاحمة والغرر والجهالة لعلهما مغتفران فيهما فيما علم منها الجواز الرجوع بعد
ظهور الغرر ونفي العدم جوازه فيما للغرر فيهما ولعله لذا نفى عنها ونصوص المسألة لعلها من هذا القبيل اذ لم يذكر فيها وقوع
اشتراط ذلك في عقد لازم فكيف يستدل بها على الجواز ولو ذكر فيه الآن يتمسك باطلاق نفي البأس الشامل لصورة وقوع
الشرط في ضمن العقد اللازم وغيره الآن في الخروج مثله عن عموم ما دل على النهي عن الغرر والجهالة اشكالاً قلت لعل
الوجه في اطلاق النص والفتوى صحة هذا الشرط انه من اشتراط كون حق الخراج عليه نحو اشتراط المؤونة على مشتري الثمرة
مع عدم العلم بمقدارها فانه لا يقدح جهالته ما يؤدي به عن ذلك اذ ليس هو اشتراط قدر بل هو اشتراط حق وربما لا يؤدي عنه شيئاً
ومرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به الذي لا اثر في صحة اشتراطه عليه ولو من كذا ومثل ذلك ليس من الجهالة
في شيء كما هو واضح ولعله لذا اطلق المص وغيره صحة الزرع مع معلومية كون الخراج قد يزيد وينقص كما سمعت التصريح به في النص
واعتبار المعلومية انما وقع في كلام بعض المتأخرين وانكره عليه بعض من تأخر عنه فلا غريب ما سمعته من فاضل الرياض
من التردد في ذلك والله العالم ثم ان المراد بالمؤونة على ما استظهره في الكفاية ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته
كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها والدولاب ونحو ذلك مما لا يتكرر كل سنة كما صرحوا في المساقات والمراد
بالعمل الذي على الزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي والآلة وتنقية النهر من الحمأة وحفظ
الزرع وحصاده ونحو ذلك ثم قال في كلامه في هذا المحل قاصر جداً هذا كله اذا لم يشترط ذلك على الزارع فان شرط عليه لزم
اذا كان القدر معلوماً وكذا لو شرط بعضه معيناً او مشاعاً مع ضبطه قلت لا اثر في كون المرجع فيما ذكره مع الاطلاق وتبعاً
ما هو على المالك او العامل ولا اشكال الحال وقد تقدم ان المراد بمؤونة الارض ترتيبه ذكر لها مع الخراج مما كان من اجرة الارض
عوض تبالتها ونحو ذلك مما هو سبب في الاستيلاء على كون الارض بيده اجارة ونحوها وغيرها ولعل هذا قريب منا التم والله العالم
المسألة السادسة كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الارض اجرة المثل ان كان البذر من العامل الذي
يكون منه الحاصل ح كما انه لصاحبها ان كان البذر منه ولكن عليه اجرة مثل العامل والعوامل ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما
على النسبة ولكل منهما على الاخر اجرة مثل ما يختص به على النسبة ما للاخر فيه من الحصة فاذا كان البذر بينهما مثلاً رجع المالك بنصف اجرة
ارضه والعامل بنصف اجرة عمله وعوامله والآلة وعلى هذا القياس باقي الاقسام ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له وعليه اجرة
مثل الارض وباقي الاعمال والآلة بلا خلاف في شيء من ذلك اجده كما اعترف به في الرياض ووجهه ما تقدم غير مرة وخصوصاً في قاعدة
ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بل في الرياض هنا ان اطلاق العبارة كغيرها يقتضي عدم الفرق في ثبوت الاجرة لمن ليس له البذر
على الاخر في مقابلة ارضه او عمله بين ان يكون هناك حاصل ام لا وهو كذلك مع فرض شغل الارض بالبذر والعمل من العامل اما مع
فرض عدم استعمال العامل الارض لاقدام منه على مخالفة عقد المزارعة الذي بان فساده او لعلمه بالبطلان او غير ذلك فتنشغل
ضمانه الاجرة ح باصالة براءة الذمة مع فرض عدم منع المالك عنها خصوصاً مع علمه بالبطلان اللهم الا ان يفرض كونها في يده التي
هي يد ضمان ضرورة عدم الاذن في ذلك لعرض انحصارها في العقد المفروض بطلانه فتبقى الارض ح في يده بحكم الغصب لكن مع
ذلك لا يخ من نظر وتأمل كما انه لا يخ الحكم بالاجرة الشامل لصورة علمهما وجهلهما وعلم احدهما خاصة من تأمل خصوصاً لعموم ما سمعته
في المساقات من التصريح بعدم الاجرة للعامل مع العلم بالبطلان لكونه ح متبرعاً والمسألة من واد واحد ولولا ذلك لامكن توجيه الاطلاق

الاطلاق هنا بانه لا ملازمة بين العلم بالحكم والمجانية بعد فرض كون دفع الارض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة فيندرج على
قاعدة احترام مال المسلم وعمله كما صرح به بعضهم في غير المقام كالبيع الفاسد والاجارة الفاسدة وكذا لا يخ الاطلاق المذكور من
اثم بعد تقييدهم له في المساقات بما اذا لم يكن الحكم من اشتراط عدم الحصة والا كان متبرعاً فان نظيره هنا ايضاً آت وان كان
يمكن ان يق ان رضاه بعدمها انما كان بعنوان العقد الذي قد فرض فساده فلا اذن ح وسبق بحث القاعدة التي ذكرناها فلاحظ
وتأمل المسألة السابعة يجوز لصاحب الارض ان يخرص على الزارع والزارع له بالخيار في القبول والرد فان قبل كان استقراره
ذلك مشروطاً بالسلامة فلو تلف الزرع بآفة سماوية او ارضية لم يكن عليه شيء كما اوضحناه كله مع باقي فروع المسألة في بيع الثمار
فلاحظ وتأمل هذا ولكن بقي هنا امور لم يذكرها المص منها ان البذر مع اطلاق المزارعة من العامل او المالك صرح الفاضل في قه
بالاول وعن بعض العامة الثاني وظن موضع في كرى وجوب التعيين قلت لا كلام مع فرض انصراف الاطلاق فانه المتبع ح من غير فرق بين
البذر وغيره اما مع عدمه فيحتمل التعيين والا بطل العقد للغرر وان يكون على العامل لقرينة في ايجاب استعمال عن المزارعة المنفعة
منه وان رضي صاحبها فيكون ح كالعمل الشرعي في ذلك ومنها ان الحب النابت في الارض في العام الاخر الذي هو في عام المزارعة
ان كان لاحدهما كان النماء له وعليه اجرة الارض ان كان لغيره مالكها وان كان من مال المزارعة كان بينهما على حسب النسبة ويخصم من
الاجرة مقدار نصيبه لكن مع فرض كون الحب من الذي هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهو كسائر ما لا يملك للمالك
بالاعراض بل هو مع الاستيلاء والفرض عدمه الى ان صار زرعاً والفرض عدم الاعراض عنه في هذا الحال او انه يكون لصاحب الارض
لانه من توابعها ونماء قابل للتملك كونه منها نوع استيلاء من المالك عليه وجهان الا انه جزم في كرى بانه بينهما على كل حال
خلافاً لبعض العامة ومنها ان ما جاء في النصوص هنا من تبالة الارض بشيء معلوم سنين معلومة وعليه خراجها وعمارتها لنا ان
خراجها وعمارتها او بغير ذلك مما تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه وانا فادها تدخل المزارعة والاجارة والصلح في بعض الموارد
او ان المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصلح وجهان او قولان اقواهما الثاني كما اوضحناه
في مسألة الخرص في بيع الثمار لعدم افراد الاصحاب باباً للقبالة على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفة وبذلك انهم لم
يتعرضوا لالفاظ هذا العقد ولا شرائطه ولا لاحكامه ولا لموارده وذلك كله قرينة على انهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه فالتعبير
به ح كالتعبير بالاخذ والتناول ونحوهما مما يعم عدم ارادة كونه عقداً برأسه ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض موارده
فيدل على انها عقد برأسه قد اوضحنا فسادها في مسألة الخرص في بيع الثمار فلاحظ وتأمل والله العالم ومنها انه حيث يستحق
المالك قلع الزرع فهل يضمن الارش لمستحقها لو فرض بلوغه حد تعلقها اذا قلعه وجهان بل قولان ظاهر المحكي عن ابن الجنيد الاول
وظاهر الفاضل في لف الثاني والله العالم هذا كله في المزارعة واما المساقات فهي جائزة بالاجماع من علمائنا واكثر
العامة خلافاً لابي حنيفة وزفر فانكراها للجهالة والغرر ولا ريب في ضعفه للنصوص المروية من الطريقين في قصة خيبر وغيرها بل لعلها
من طرقنا متواترة او مقطوع بمضمونها ثم ليس في شيء منها تصريح بلفظ المساقات الا انها ظاهرة صريحة او ظاهرة في مشروعية معاملة
على اصول ثابتة بالحصة المشتركة او بالثمرة كالنخل والشجر بحصة من حاصلها ولا يعنى بالمساقات الا ذلك بل الظاهر بعض الافاضل
فان تسمية هذه المعاملة بالمساقاة اصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع بل بعد زمان الصحابة والتابعين فان
المساقات في اللغة كما صرح به في عدد منهم مفاعلة من السقي كما يقتضيه اشتقاق الصيغة ولم يذكر احد من اللغويين ورود المساقاة
في اللغة بالمعنى الذي ذكره الفقهاء ولا وجدنا ذلك في استعمالات العرب ولو كان ثابتاً لذكره اهل اللغة كما ذكروا المزارعة ونحوها
من الفاظ المعاملات الثابتة في اللغة ونقلها الى هذا المعنى في عرف الشرع او الائمة غير ثابت اذ لا ذكر للمساقات في الكتاب والسنة
ولا في الاحاديث المروية عن اهل البيت ع ولذا لم يعقد احد من اصحاب الحديث كالكليني والصدوق باباً للمساقاة وانما اوردوا الاحاديث

المتعلقة بها في باب المخابرة وانتقل الى المعنى من الاستعمال فيه فلم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل وثبوته عند الفقهاء انما يقتضي
الحقيقة الشرعية على القول بثبوتها اذا ثبت استعمال الشارع اياه في المعنى المعروف لا مطلقا اذ لا ريب في ان للفقهاء والمتكلمين والاصوليين
اصطلاحات كثيرة ليست بحقائق شرعية فلا يلزم من كون المساقاة حقيقة في هذا المعنى في عرف المتشرعة ان تكون حقيقة
في عهد النبي صلى الله عليه وآله وذلك ظاهر وتعليل تسميتها بذلك لان اكثر حاجة اهل الحجاز الى السقي لانهم يسقون من الآبار لا اشعار فيه بتعيين
زمان الوضع اصلا لاحتمال تجدد الوضع بعد النبي صلى الله عليه وآله لهذه العلة ونسبة القول بها الى الصحابة والتابعين ودعوى الاجماع عليها
من التشنيع لا يقتضي تسميتها بالمساقاة عندهم لجواز ان يكون المراد انهم قالوا بصحة المعاملة المسماة عند الفقهاء بهذا الاسم
واجمعوا عليها وان وقع التعبير عنها في زمانهم بلفظ وما ذكره الفقهاء من ان الايجاب لا بد من ان يكون بلفظ المساقاة
وما يؤدي معناها فانما ظهر الصيغ في هذا العقد ساقيتك او عقدت معك عقد المساقاة محمول على العقود الواقعة في
زمانهم اعني زمان النقل ولعل المراد جواز العقد بلفظ المساقاة ولو في عصر ... حتى يجب القول بوضعه فيه حذرا من لزوم
استعمال الالفاظ الغير الصريحة في العقود لا يقال قول الاصحاب المساقاة شرعا معاملة الى آخره يقتضي كون هذا المعنى هو
معنى اللفظ في الشرع وكون تعريفهم هذا دليلا على النقل لانا نقول قد ذكرنا الاشكال فيما ذكره الفقهاء من الفاظ المعاملات
من انها لغة كذا وشرعا كذا وان هذا القول بظاهره لا يستقيم في الاكثر وان بعض المتأخرين حمل التحديدات الشرعية في المعاملة
على تحديدها بحسب عرف المتشرعة دون الشرع فان صح ذلك والا امكن الحمل على ارادة المعنى الثابت شرعا وان كان الواضع
له غير الشارع وعلى كل حال ــــــ فلا ريب في ارادة احد المعنيين هنا وانما يتجلى ذلك في غير ما عرفت من عدم
ورود المساقاة في الكتاب والسنة ولا في احاديث الائمة والحقيقة لا تثبت بدون الاستعمال قطعا واحتمال ثبوت
الاستعمال في عصر الشارع والائمة مع عدم[3] وصوله الينا خلاف الاصل وان كان هذا كله من قليل الجدوى بعد فرض عدم وجود لفظ المساقاة [3] التقلع
عنوانا للحكم في شيء مما وصل الينا من النصوص مضافا الى ما فيه من امكان المناقشة في جملة مما ذكر والى ما في صحيح يعقوب
بن شعيب من تعقيب الايجاب بلفظ الامر لكن قال انه امر بالسقي دون المساقاة والمراد منه المعنى اللغوي دون العرفي وفيه
ما عرفت من انه لا وجه لاستثناء الايجاب بلفظ الامر وان اريد منه المعنى اللغوي بل لا بد من ملاحظة المعنى الشرعي فيه كما تقدم نظيره
في المضاربة واما جواز العقد بلفظ ساقيتك بطريق اولى بل هو مقتضى لو وضع صيغ الاشتقاق بالمعنى المنتزع منها لا وجه
لارادة معنى من المشتق دون المشتق منه ونحو ذلك وبه يظهر عدم انحصار فائدة البحث عن معنى المساقاة في كلام الاصحاب
ومعاقد اجماعاتهم ونحو ذلك دون استنباط احكام المساقاة من الخطابات الشرعية كما ذكره الفاضل المذكور هنا وربما ظهر من
كلام بعض ان المزارعة تطلق في الاخبار على ما يشمل المساقاة فيمكن استفادة احكام المساقاة منها وفيه منع كون حقيقة
اذ غايته ثبوت الاستعمال الذي هو اعم خصوصا بعد ان كان المفهوم عرفا من المزارعة المعاملة على الارض بحصة من حاصلها
وقد صرح اهل اللغة بان ذلك هو معنى المزارعة وان اريد الاطلاق ولو على سبيل المجاز فمسلم لكن يتبع وجود القرينة الصارفة
عن ارادة الخصوصية ودعوى تحققها في جميع موارد استعمال المزارعة في الروايات ممنوع بل مقطوع بفساده نعم قد ذكر بعض
الفقهاء ان المخابرة المذكورة في الاخبار هي المعاملة على النخل ... ان المخابرة من خيبر لان رسول الله صلى الله عليه وآله
اقرها في ايدي اهلها على النصف فقيل خابرهم اي عاملهم في خيبر وهو بهذا المعنى يتم في المساقاة قطعا لكن فيه ان تفسير المخابرة
بذلك ليس بثابت فان ابا عبيدة نص على ان المخابرة من الخبير وهو الاكار وفي الصحاح الخبير الاكار ومنه المخابرة
وهي المزارعة وفي المصباح المنير خبرت الارض شققتها للزراعة فانا خبير ومنه المخابرة وهي المزارعة وقيل هي من الخبرة وهي
النصيب وقيل من الخبار وهي الارض اللينة وقيل المخابرة المعاملة على الارض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل والمزارعة هي هذه

هي هذه والبذر من المالك والحكم انهما بمعنى واحد وعلى كل حال يقبح الاستدلال بالمخابرة على المساقاة الذي قد عرفت ما ...
وحدها في مفهوم المزارعة ــــــ وكيف ــــــ كان فهي معاملة كغيرها من عقود المعاوضات لكنها على اصول لا كالمزارعة التي هي
معاملة على زرع بل ينبغي ان تكون اصولا ثابتة بالثمرة المثمرة لا كالخضروات ولا كالوردي غير المغروس ونحو ذلك بل لا بد ان تكون ...
بحصة مشاعة من ثمرها لا كالاجارة التي يعتبر فيها ان تكون باجرة معلومة معينة او مضمونة نعم يراد من الثمرة هنا
مطلق نماء الشجرة فيدخل فيه ما يقصد ورده وورقه بناء على جواز المساقاة عليه وان كان مستمرا ...
ونحو ان هذه المعاملة بهذه القيود لا تكون الا مساقاة وقد بينا فيما تقدم الاشكال في ... بان الصلح وقيام ...
بناء على قبوله لمثل هذا العوض لكن لا يخفى ان المراد من امثال هذه التعريفات التصوير في الجملة كما ذكرناه
غير مرة ثم ان ... المعاطاة ... ونحو معاملة عدم كونها بمعنى العقد المذكور بل هي ما يشمله والمعاطاة كما تقدم التصريح به
ولعله لذلك ضرورة عدم الفرق بينها وبين البيع والاجارة وغيرهما مما هو كذلك على ما حقق في محله حتى بالنسبة الى
دعوى السيرة القطعية الدالة على مشروعية المعاطاة لكن في ذلك تبعا للمحقق ... استبعاد جريان المعاطاة في هذا العقد
لما فيه من الغرر وجهالة العوض بخلاف البيع والاجارة فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين الا انه كما ترى ضرورة
معلومية عدم التزام المسلمين في جميع الاعصار والامصار بالصيغ في شيء من العقود لا في المساقاة ولا في غيرها الا
في النكاح ولو كان في محل الشك فالمساقاة على التزام الصيغة لكان حاله كالنكاح بالنسبة الى ذلك واستمرار
السيرة ... حالا في جواز المعاطاة بعد قيام الدليل كما في المساقاة الحقيقة وعلى كل حال ــــــ فتمام
الكلام فيه اي في هذا الكتاب يستدعي فصولا الاول في العقد ولا ريب بل ولا خلاف في صحة الايجاب بهذا العقد
بان يقول ساقيتك او عاملتك او سلمت اليك وما اشبهه في الصراحة في المعنى المذكور ولو بضميمة القرينة التي
ليست ... لعدم تعيين الشارع في المساقاة لفظا بخصوصه نعم قد ناقش بعض الناس في مساواة هذه الالفاظ
للفظ المساقاة بان المعاملة والعمل والتسليم اعم فهي لا تساويها ودفع بان المراد مساواتها لها بعد ذكر المتعلقات
والقيود ولكن هذا من المجاز في شيء اذ المفروض الالفاظ مستعملة في معانيها الحقيقة وان الخصوصية مرادة
من القيود لا منها وان كان قد بينا فيما تقدم اولا بان اطلاقهم العقد على هذه الالفاظ شامل للعقد بها على الوجه
ونبينا بان التعبير عن العقد بها لا بد من ارادة معنى خصوص ذلك العقد منها والقيد مترتبة على ذلك والا
لم يكن وجه لعقد ذلك العقد بها مع عدم ارادة المعنى الاعم منها كما هو واضح بادنى تامل ومنه يظهر النظر
[2] اللازم [3] في دعوى الاجماع على عدم جواز استعمال المجاز وان كان صحيحا في عقد العقد[2] وعلى كل حال ــــــ فقد يظهر
من قول المص وغيره وما اشبهه اعتبار الماضوية في الصيغة هنا كما صرح به ثاني المحققين والشهيدين بل قد
الاخير منهما الوجه لاخراج هذا العقد اللازم من باب نظائره وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الامر مع الا
هنا الى النص وهو منتف هنا وان كان فيه ما لا يخفى اذ قد عرفت فيما تقدم ان الموجود في النص في المزارعة لفظ المضارع
واما لفظ الامر فهو في المساقاة في صحيح يعقوب بن شعيب وحمله على المقاولة السابقة على المعاملة تكلف من
غير ضرورة ولعله لذا جزم في كره بتحقق عقد المساقاة بلفظ تعهد نخلي بكذا او اعمل فيه بكذا دون المزارعة
لوروده النص فيها دونها فان الاخبار الواردة في المزارعة كما عرفت انما دلت على الوقوع بصيغة المضارع وهو
خلاف المقصود الا انه لما كان نحو لو ازرع هذه الارض بكذا صحيحا فيها ايضا معلومية اتحاد حكم المزارعة والمساقاة امكن القول
به فيها ايضا الا انه قطع به في المساقاة لما عرفت بل قد يقال الفاضل ... بعيد ايضا قال ...

اسم هذا الفعل وذلك نصف هذا الحاصل مثلا صريح في انشاء المساقاة والقصد الى ايقاع المعاملة بنفس هذا اللفظ
كقوله ساقيتك وعاملتك بخلاف قوله بعني هذا وصالحني او اجرني فان المفهوم من ذلك طلب البيع والصلح والاجارة
مثلا دون انشائه ومقدمها ومثل ذلك ما لو قال ساقني او عاملني على هذا النخل فانه لا يقع العقد به لان مقتضاه
طلب المساقاة دون وقوعها ~~ومثل ذلك ما لو قال ساقني او عاملني على هذا النخل فانه لا يقع العقد به~~ ولا يلزم من وقوع
العقد بصيغة الامر في الجملة وقوعه بكل امر ولا من الجواز في المساقاة الجواز في غيرها فالعمدة على صراحة الصيغة فانشاء المعاملة
المقصودة لا على خصوص صيغة معينة لعدم الوضع الشرعي والاستفادة ما يقتضي التعيين فمتى تحققت القرائن المطلوبة صح العقد
وان كان بغير الماضي وان انتفت كان العقد فاسدا وان كان بصيغة الماضي الا ترى ان الفقهاء صرحوا في الرهن بجواز عقد
هذا منيفة او رهن مع اشتراطهم الماضوية في العقود وليس الا لصراحة الصيغة في عقد الرهن وان المطلوب في العقد صريح
الالفاظ وانما اعتبرت الماضوية فيها لقرب الماضي من الانشاء وبعده عن احتمال الوعد والطلب كما في المستقبل والامر
على ما صرح به غير واحد منهم فاذا فرض مساواة غيره للماضي في الصراحة صح فيها كما صح هو ايضا وان كان لا يخفى عليك ما في
هذا الكلام اذا احطت بما ذكرناه في غير موضع من هذا الكتاب من انه لم يكن اجماع جاز عقد جميع العقود اللازمة
وغيرها بجميع ما يدل على ذلك من حقيقة او مجاز بصيغة الماضي وغيرها وتكفي القرائن الحاصلة من قرائن المجاز
المشخصة للمشترك المعنوي والصراحة في الماضي الحاصلة بالقرينة المخرجة له عن احتمال الخبر كالقرينة المخرجة لاحتمال
الطلب والوعد في الامر والمضارع فان جميعها عند ارادة العقد بها تخرج عن ارادة الفعلية والاتمامية منها وبه
يظهر لك ما في دعوى الصراحة في ساقيني وانه مع فانه انما القرائن في المعنى الفعلي وهو غير معنى العقدية المساوية
لساقيت عند ارادته كما هو واضح بادنى تأمل ومن الغريب غفلته عن ذلك واغرب منه ما وقع للمحقق الثاني هنا من
ان صيغ العقود اللازمة حيث كانت محتاجة الى التوقيف من الشرع وقد وضع لها الشرع صيغة الماضي لكونها اصرح صيغ
الانشاء وجب الاقتصار عليها في هذه المعاملة المشتملة على الغرر والجهالة عملا باليقين اذ هو لا يقوم مقامها الا ...
عن الدليل فانه ليس في الادلة الشرعية ما يقتضي الوضع بل فيها ما يقتضي خلافه في كثير من المواضع التي منها ما هنا ومنها
ما سمعته في المزارعة والرهن وغير ذلك وكذا دعوى الثاني الشهيدين من عدم صراحة الامر في الانشاء وعدم السمع بالجملة
كلام الجميع في المقام غير تام كما لا يخفى على من تفضل الله عليه في احكام نوع من الاحكام بل ما ذكره ما يظهر لك النظر في مواضع
اخر لم نذكرها في مصابيح اعلام الطباطبائي وغيرها والله العالم هذا وفي التذكرة لو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط
مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على الاقرب لان من شرط الاجارة العلم بالاجرة اذا قصد الاجارة اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا وانظم
انه اراد الاشكال في عدم صحة هذا القول حال العلم العلم بحال قائله من جهة احتمال ارادة المساقاة بلفظ الاجارة وح
يكون مجملا لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها وظاهره ح جواز عقد المساقاة بالمجاز مع قرينة وهو مؤيد لما
ذكرناه سابقا ثم الاقرب انه الفساد حملا للفظ على حقيقته والاصح ولا تكون قرينة على ارادة غيره ح تكون فاسدة
لا مساقاة صحيحة وبذلك يظهر ما في كلام الكركي حيث قال انه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ
الاجارة في المساقاة على صحة المساقاة بلفظ الاجارة ثم احتمل في العبارة معنى آخر وهو ان يكون قوله ولو قال استأجرتك
مرادا به الاجارة وقوله اذا قصدت شرطا للحكم فحاصله بعدم الصحة على الاقرب وقوله لان من شرط الاجارة العلم بالاجرة بيانا
لا وجه الاشكال مع ترك الآخر للظهور ومعنى قوله اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا اقل الاقرب في عدم الصحة اذا قصد
بالاجارة معناها فاذا قصد بها التجوز في غيرها وهو المساقاة فلا اقرب في عدم الصحة لامتناع المجاز في العقود اللازمة

اللازمة فانه كما ترى وعلى كل حال ـــــــــــــــ فهي لازمة كالاجارة بلا خلاف اجده فيه عندنا بل الاجماع عليه بقسميه
واكثر العامة على ذلك للاصل وعموم قوله تعالى اوفوا خلافا لما حكي عن احمد فى احدى الروايتين من القول بالجواز
قياسا على المضاربة ولما روي ان اليهود سألوا رسول الله ص ان يقرهم بخيبر يعمروها ويكون لرسول الله ص شطر
ما يخرج منها فقال لهم نقركم على ذلك ما شئنا ولو كان لازما لوجب تحديد المدة ولم يجز التقدير بالمشية والقياس
باطل عندنا مع انه ليس باولى من قياسها على الاجارة كما ان المدة والرواية غير ثابتة ولو صحت فليس فيها ما
يدل على التقدير بالمشية في متن العقد فيحمل على المواضاة قبله كما ذكر التفريع به او على اشتراطها فيها ونحو ذلك
حتى شاء والله العالم وكيف كان فلا اشكال كما لا خلاف نصا وفتوى في ان المساقاة تصح قبل ظهور الثمرة
بل الاجماع بقسميه عليه لانها لا تصح بعد ظهورها وكمالها بحيث لا تحتاج الى عمل تزيد به كما او كيفا وان احتاجت
الى عمل كالجذاذ والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك لعدم موضوع شرع المساقاة ح وهل تصح بعد ظهورها
مع بقاء عمل كسقي او حرث وغيرهما مما تزيد به الثمرة كما او كيفا فيه تردد من اصالة الفساد بعد الشك في تحقق موضوع
شرع المساقاة لعدم الاطلاق او عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها بل قد يشك في تناوله لادلة
العقود والا ان تكون تجارة عن تراض لذلك على وجه يقتضي بمشروعية الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص
الذي قد فرض عدم ما يصلح شاهدا فيه بالخصوص لجميع افراده من عموم او اطلاق ضرورة احتمال ارادة بيان
اللزوم خاصة من الآية الاولى في العقود المتعارفة كاحتمال ارادة بيان شرعية التجارة المعروفة في الخروج عن
اكل المال بالباطل لا ان المراد بها شرعية كل عقد يكون تجارة على وجه يشمل المقام والاجماع انما هو على شرعية المساقاة
في الجملة لا كلها يصدق عليه ذلك وصحيح ابن شعيب وقصة خيبر ظاهران فيما قبل الخروج ومن ان الاصل الجواز في
المشروعية من غير الخارج لكون انه ابعد عن الغرر باعتبار الوثوق بالثمرة والحكم بحكم مشروعية المساقاة وفائدتها الى المقصود
ولعله لذا وغيره كان الاظهر منه الصحة ومن الجواز لكن بشرط ان يبقى للعامل عمل ما ذا قال به ستزداد به الثمرة وان كان
لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه ان الاولى والاحوط مع ارادة ذلك الرجوع الى الصلح او الاجارة تحصيلا لما يجاز لك
العمل بجعل لولاه لاختل حال الثمرة الا انه لا تحصل به زيادة وان قال في جامع المقاصد انه ان امكن تحقق هذا الفرض ينبغي القطع
بالصحة لانه يتحقق تنامي بلوغ الثمرة فتحقق الزيادة لامكان البلوغ وبعاية الادرار الصريح ادة فيها لكن في ذلك بعد
ان فرضه في مثل حفظها من فساد الوحش ونحوه قال مقتضى القاعدة عدم الجواز حينئذ لكن بعد الاحاطة بما عرفت
تمامها مع تحقق المساقاة بعد ظهور الثمرة وان حصل بعمله نفسه نموها فالكلام اما الكيف فمشكل بمثل هذا والامر وليته
العالم وعلى كل حال ـــــــــــــــ فلا تبطل المساقاة بموت المساقي ولا بموت العامل على الاشبه باصول المذهب وقواعده
التي منها استصحاب صحة العقد ولزومه كغيره من العقود اللازمة التي قد عرفت ذلك في المزارعة منها كما انك قد عرفت
الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وعدمه فلاحظ فان المسألتين واد واحد مع انه سيأتي لبعض
ذلك ايضا في مسألة ما لو هرب العامل خلافا للمحكي عن الشيخ من الحكم بالبطلان كالاجارة وفيه بعد تسليم ذلك في المقيس عليه
انه غير جائز عندنا الفصل الثاني في ما تصح عليه وهو كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه كالنخل والشجر والكرم
وقصب السكر والقطن وغيرهما فانه ملحق بالزرع فان هذه وما شابهها ليست كذلك وان دفعت القطن ان بقي القطن
ازيد من سنة لكن اصل هذه لا يثبت لها غالبا وضمها لها معلوم عادة ولا دليل على جواز عقد المساقاة عليها اذ ليس
الآن ما وقع من النبوة في خبر وصحيح يعقوب بن شعيب يشملها بناء على تنبيه الحذف والا اوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة

عن تراض لا يثبت بها شرعية الافراد المشكوكة من المعاملة المعهودة التي لها افراد متعارفة واما المراد من الاولى هاهنا اثبات
اللزوم ومن الثانية عدم اكل المال بالباطل اذا كان بالتجارة المتعارفة لان المراد شرعية كل عقد وكل تجارة يقع الاتفاق
عليها من المتعاقدين كما هو واضح بادنى تامل فاعرفه ينفعك من جواز المساقات على ما يحدث بعد ان لم يكن من الضعف
وعلى كل حال ___ فقد بان لك انه تصح المساقات على النخل والكرم وباقي شجر الفواكه بل قد عرفت انه ثابت
بما وصل الينا من نصوص مروية التي ليست في شيء منها اطلاق تقتضي شرعية كل ما صدق عليه المساقاة وما استطاع اما
حكمها فانه لا يخفى عليك خصوصا بعد الاحاطة بما ذكرنا ثم فيما الثمرة له من الاشجار مما كان له ورق ينتفع به كالتوت
بالتاء المثناة والحناء ونحوهما من كون ثمار الاشجار ومغلبة النفع بوجوده في حيث بل ربما كان يكون مقصودا في
ساذات الورق لغيره في كونه ثمرة وفي بعض الاخبار ان النبي صلى الله عليه وآله عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر وما من
احكام العدم وما عرفت من ان هذه المعاملة على خلاف الاصل وفيها من الغرر ما لا يخفى فيجب الاقتصار فيها
على المتيقن خصوصا بعد ما عرفت من عدم الاطلاق ولو قيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعا لغيرها من الشجر
المذكور فيجوز ومستقلة فلا يجوز لكان وجها كالتفصيل في التوت بين كونه في بلاد يكون ورقه ثمرة وغيرها فيجوز
في الاول دون الثاني كما في بلادنا الان والمراد منه الذكر لا الانثى الذي له ثمر معلوم والله العالم وكيف ___ كان
فقد ظهر لك مما ذكرناه انه لو ساقاه على ودي اي فسيل النخل المغروس من فسيل النخل او الصغار او على شجر ثابت لم يثمر
بل خلاف اجده فيه بيننا اقتصارا في المعاملة المخالفة للاصول على موضع اليقين وعلى الثابت من النصوص التي
قد عرفت انه لو ساقاه على ودي مغروس مدة يحمل مثله فيها غالبا صح وان لم يحمل فيها بل لان مبنى المساقاة على بدو
ظهور الثمرة وظنه بحسب العادة فاما حصل المقتضي صح وان تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكبير واتفق عدم ثمره بل لا
اجرة له على عمله لانه اقدم على ذلك بل في المسالك انه يجب عليه اتمام العمل في باقي المدة وان علم بالانقطاع قبلها ومثله
ما لو تلفت الثمار كلها او اكلها الجراد او غصبها غاصب فانه في جميع ذلك يجب على العامل اكمال العمل ولا اجرة له وان
تضرر كما يجب على عامل القراض انضاض المال وان ظهر الخسران بل هنا اقوى للزوم العقد ووجوب العمل واحتمل في الكركي
انفساخ العقد لتلف الثمار بانها واستشكل الحكم في القراض لما بينهما فان المباشر للبيع والشراء في القراض العامل
فكان عليه انضاض المال لاجله فعامل المساقاة ويندفع بان المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف العوض بخلاف
القراض فاذا وجب على عامل القراض مع جوازه وكون نفعه للمالك باذن المالك فهنا اولى ويمكن ان يقال ان تلف الثمرة
هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضي للبطلان في البيع ونحوه وفيه نظر قلت لا ريب في ان المعلق للفوات
الزمني للانفساخ بعدم خروج الثمرة لا اعتبار العوض في هذه المعاملة وقعا لكشف عدمه وجدانا لا اقدام ظاهرا اعتمادا
على المعتاد لا يقتضي الصحة فضلا عن اللزوم بعد الانكشاف ولكن العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة
بل العوض فيها الحصة من الثمرة وانما وعدم بحكم البيع في بعض الصور الخاصة بعدم خروج الثمرة مع القول به
بدليل خاص كالتعليل في بعض النصوص بانه لم يخرج في هذه السنة يخرج في السنة الاخرى وغيره بل قد يقال بالحكم
بالتلف السماوي لها بعد الظهور قبل الادراك بناء على ان العوض الثمرة مدركة وبالجملة لا يكون اصالة ذلك في عقود
المعاوضة التي من المعلوم عدم كون القراض منها وان كان هو شبه المعاوضة لا المعاوضة مع حصول الربح لا انه عقد معاوضة
ملحوظ فيه معنى التعاوض والمقابلة ولعله لذا احتمل في كره ما سمعت بل مع منه في نوع وكره لما اتاه منه ثم
ظهر استحقاق الاصل الجزم بعدم وجه الحكم بتمام العمل عليه تمام المدة مع عدم خروج الثمرة انما الكلام لقوة الانفساخ

الانفساخ من حينه او انكشاف وجهان ولعل الثاني هو الاقوى من الحكم بالمعتمد في المتن وغيره من كتب الاصحاب مع احتمال ارادة الحكم بها
لما هو وعلى كل حال ___ فالحكم عدم استحقاقه الاجرة لاقدامه على ذلك نحو اقدام عامل القراض مع احتمال الاجرة على الثاني
هذا كله فيما يحمل مثله عادة واما ان قصرت المدة المشترطة من ذلك غالبا عادة او على السواء لم يصح لاصالة الفساد بعد
ما عرفت من عدم الاطلاق بعدم تعيين الصحة في نحو الفرض حتى لو اتفق حصول الثمرة فيها في تلك المدة على خلاف العادة مع عدم الوثوق
بالحصول نعم لا اثم فالصحة فيما لو ساقاه مثلا عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع في العادة الا في العاشرة لعدم اعتبار الثمرة حينئذ فيها
مقابلة للعمل في جميع المدة ولا يقدح خلو غيرها من السنين فان المعتبر حصول الثمرة في مجموع المدة لا في جميعها كما هو مقتضى الشرع
وغيرها والله العالم الفصل الثالث المدة بلا خلاف معتد به اجده بل في الكفاية على تقديرها في الجملة كما قدمنا
ولا تاركها رأسا فيبطل العقد قولا واحدا والدليل ذكر سابقا هو انه يعتبر فيها شرطان احدهما ان تكون مقدرة بزمان لا
يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وادراك الغلة وان كانت هي العلة المعامل عليها وقد يفرق بان الاصل والاعتماد
الغرر والجهالة على موضع اليقين ثم حكي عن ابن الجنيد الاكتفاء بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظرا الى انها بالنسبة لا تدرك
عادة كالمعلوم ولان المقصود منها هو العمل الى كمالها ولان العمدة مبنى على الغرر والجهالة لا يقدح ان فيه والاجود
الاول وان كان كلامه لا يخلو من وجه ثم ذكر ما سمعت وفيه الاستدلال على ذلك بان عقد المساقات لازم كما تقدم ولا معنى
لوجوب الوفاء به دائما ولا الى مدة غير معلومة ولا الى مدة واحدة لاستحالة الترجيح بلا مرجح نعم في قال من العامة بانها عقد
جائز لا يعتبر معه تعيين المدة لانتفاء المحذور لكن ذكرناه تلك معنا في الحقائق في قصة خيبر لخلوه عن ذكر المدة باعتبار
كون المحكي منها ان الواقع فيها كان مزارعة ومساقاة بعقد واحد وعلى كيفية واحدة وقد عرفت هناك التصريح بعدم الدلالة
على اعتبار المدة في المزارعة فيكون الواقع منهما مذكورا فيه المدة والاصل عدم مشروعية غيره مع ما فيه وغيره من انه يكون على
كيفية واحدة بالنسبة الى ذلك وغيره الا ان تلك بحصة من الزرع وهذه من الشجر والنخل بل المعلوم كونها بمعنى الاجارة المعلوم
فيها اعتبار ذلك والانصاف ان العمدة الاجماع الذي سمعته والا فلو خلينا وانفسنا لامكن عدم اعتبار ذكر المدة فيما يكون المساقى
٢ خالم له استحقاق في الثمرة ابدا ويستحق عليه الاعمال المشروطة اما المتعارفة خصوصا وصحيح يعقوب بن شعيب الذي هو دليل مشروعية
المساقاة مع قصة خيبر لا ذكر المدة قال فيه سألته ابا عبد الله عن الرجل يعطي ارضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء
واعمره ولك نصف ما خرج قال لا باس بل لعل ذلك هو الظاهر من الاسكافي لاما حكاه هو وغيره عنه من ان الذي عليه من كلام في انه
انه قال ولا باس بمساقاة النخل وما شاكله سنة واكثر من ذلك اذا حصرت المدة او لم تحصر فانه يراد نفي الباس عن الستر والاكثر
مع حصر المدة وعدمه المساقاة مع عدم حصر المدة اصلا ولا تعرض فيه لبلوغ الثمرة وغير منيكم مثله بل ربما الاستحقاق مطلقا دائما
مع حصر المدة الا ان يكون هناك نحو منه يترك على سنة العقد خاصة نعم لا اثم بدلالة الاطلاق معتد به باعتبار تقديرها مع
التعرض لها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كما في كل عقد حيث يعتبر فيه من غير فرق بين ما كانت معتبرة فيه كالاجارة او غيره
٢ ونحوهم كالاقتراح وثمن المبيع ثم حينئذ وعلى كل حال ___ الشرط الثاني ان تكون المدة المذكورة في المساقات مما يحصل
فيه الثمرة غالبا وان قلت كما لو ساقاه في اخر العمل بحيث يبقى بعده مقدار للثمرة يكون فيه الشجر مثلا مع ملاحظة الادراك
الغلة وقد تقدم في المزارعة البحث فيما ذكر ذلك مع امكان دعوى الفرق بين المقام وبينهما وبين الاجارة للزرع بالتوقيت
من شرعيتها ذلك فعدم جوازه مع عدم الاطلاق او عموم يقتضيه بخلافهما فيها اما الكثرة فلا حد لها عندنا خلافا للشافعي حيث
شرط ان لا تزيد على ثلثين سنة وهو تحكم وقد تقدم الكلام ايضا في المزارعة فيما لو ذكر مدة يظن فيها قصور المدة عن الادراك على عيب
الاسباب العادية فلاحظ وتامل بل منه يعلم الحال ايضا فيما لو اتفق عدم خروج الثمرة اصلا في المدة التي تحرج بعلمهم فيه هنا

بانه لا شيء له لا اجرة مثل ولا غيرها حتى لو خرجت الثمرة لجعل المنة على غير المتعارف والله العالم الفصل الرابع العمل الذي

لا يعتبر فيه ان يكون سقيا وان كان قد يتوهم من لفظ المساقاة المراد منها الاعم من ذلك ومن غيره فيجوز عقدها على ما لا حاجة

الى السقي كما قد صرح به غير واحد نعم قد ذكر غير واحد من العامة والخاصة ان اطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل بكل ما يتكرر

كل سنة مما فيه زيادة النماء في الكم والكيف من الدفع بحرث الارض وحفرها المحتاج اليها اليه وما يتوقف عليه من الالات

والعوامل من البقرة وخشبة الحرث والسكة والمساحي ونحو ذلك بل لم نجد فيه خلافا وان لم نعلم فوجوب ذلك خلافا هنا وفي الخادعة

واصلاح الاجاجين اي الحفر التي يقف الماء فيها في اصول الشجر وازالة الحشيش المضر بالاصول وقضبان الجديد ويقطع ما

يحتاج الى القطع منه وكذا انبار الكرم وتهذيب الشجر من غير فرق في ذلك بين الجزء اليابس منه وغيره والسقي ومقدماته المتكررة

في كل سنة كالدلو والرشا واصلاح طرق الماء وتنقيتها من الحماة ونحوها واستقاء الماء وفتح راس الساقية وسدها عند

الفراغ على ما تقتضيه الحاجة والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة بازالة ما يضر بها من الاغصان والورق ليصل اليها

الهواء وما تحتاج اليه من الشمس وليتيسر قطعها عند الادراك ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة

بها ورفعها عن الارض لئلا يصل اليها واللقاط للثمرة بمجرى العادة ورقيتها لما يتخذ للتزبيب يقطعه عند حلاوته في الصالح وما يعلاد

نهاك وما يتخذ يابسا عند يبسه واصلاح موضع التشميس المحتاج اليه ونقل الثمرة اليه وتقليبها فيه وحفظها على اصولها

وفي بيدرها وطريق ايصالها الى المالك ان لم يكن هو المتولي الى غير ذلك مما ذكروه بالنسبة الى العامل واما صاحب

الاصل فقد ذكروا ايضا ان اطلاقها ايضا يقتضي قيامه ببناء الجدار وعمل ما يستقى به من دولاب او دالية او ناضح انتهى

والبئر ونحو ذلك مما لا يتكرر في كل سنة فانه العمل بعد فيها ايضا وان عرض له التكرر في بعض الاحوال نعم قد عد في القواعد

تدوير الدولاب وقد تردد ولعله من انها مال لا عمل ولا يتكرر كل سنة ومن انها تراد للعمل فاشبه بقر الحرث ولان الادارة

واجبة على العامل فيجب مقدمته ومن الشيخ والفاضل في كتب الاول وعن ابن ادريس انها ثابتة وتوقف فيه في مع صد وكذا الكلام

في الكش للتلقيح ونحوه فانه قيل كما عن ابن ادريس لانه ليس من العمل وانما هو من الاعيان التي تصرف الى مصلحة الثمرة كذا

تردد وان بنا ثم الجدران ووضع الشوك عليه في انه على المالك او على العامل الى غير ذلك من كلماتهم التي قد يشكل الفرق

فيها بين عوامل الحرث وعوامل الاستقاء بل بينها وبين الكش ايضا فان الجميع مال للعامل بل قد يشكل الحكم بوجوب ما لا

مدخلية له في زيادة الثمرة ولا في اصلاحها كالحفظ والنقل ونحوهما واما ما ذكروه من الضابط فلا اثر له في شيء من الادلة

فالمتجه الرجوع في مثل ذلك الى المتعارف في اطلاق عقد المساقاة مما يجب على العامل والمالك وما عداه فيتبع الشرط وان

كان عليهما اخذا اداء لان المال مشترك بينهما او ان الاصل فيه وجوبه على العامل نحو ما سمعته في المزارعة من صحيح يعقوب بن شعيب

عن ابي عبد الله عليه السلام الذي فيه سئلته عن المزارعة فقال النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك

اعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين اتوه فاعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما اخرجت فان ظاهر تشبيهه يقتضي

كون وضع المساقاة على الوجه المذكور فليس على المالك حينئذ الا دفع الاصل كما انه ليس على المزارع الا دفع الارض اللهم الا ان يكون

هناك تعارف او شرط وعلى كل حال فلو شرط المالك شيئا مما عليه مع الاطلاق او جميعه على العامل صح

بعد ان يكون معلوما على وجه يرتفع معه الغرر المنافي للعقد لعموم المؤمنون عند شروطهم وما قال لو شرط العامل على رب الاصل

جميع العمل بطلت المساقاة لعدم ما يدل على صحتها على هذا الوجه بل الظاهر الثابت منها اعتبار ما له مدخلية في زيادة الثمرة

او صلاحها من العمل في استحقاق الحصة من هنا لو ابقى العامل عليه شيئا من العمل الذي له المدخلية المزبورة في مقابلة الحصة

من الفائدة وشرط الباقي على رب الاصل جاز للعموم المذكور ولو ابقى العامل ما لا يحصل به مستزادا في الثمرة كالحفظ اتجه المنافاة

ويلزم ذلك العامل وهو حسن عند الم... لان به يتم التلقيح وقيل على المالك لانه من الاكثر

لمنافاته وضع المساقاة الثابت من الشرع كالمساقاة وقد يقوى من العمل ذلك نعم لو اطلاق ذلك وجعله معه الاجارة مثلا جاز فيحصل

مما ذكرناه انه مع الشرط يعمل عليه الا اذا كان منافيا لمقتضى العقد لكن هذا كله في اشتراط المخالف لمقتضى الاطلاق اما اذا

شرط ما اقتضاه كان تاكيدا ولو شرط بعضه كان تاكيدا له بل ربما كان لرفع من حيث الاشتراط ووجب الاتيان بالباقي

الذي يقتضيه الاطلاق اللهم الا ان يفهم من نفس الاشتراط او من قرينة اخرى ارادة عدم الالتزام بغير المشروط هذا وقد صرح

انه متى اخل العامل بالعمل المشروط عليه تخير المالك بين فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل بقرعليه في الثمرة فان فسخ قبل

عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده قبل الظهور فالاجرة له وان كان بعد ظهور الثمرة فكذلك مقتضيه للاشتراط ولو اخل بالاعمال

الواجبة مع الاطلاق او ببعضها فعلى ما سبق في الاجارة يتجه ان للمالك الفسخ او الجبر وهل يضمن له اجرة مثل ما عمل يحتمل ذلك

ويحتمل العدم وفي البعض ان الفسخ ولا الالزام بالاجرة وما اظن بتصريح بذلك بعض ويحتج في ذلك مع زيادة انه لو حصل

على الارض نقص بسبب التقصير لزمه الارش ما لكم ان الثمرة كذلك ومن لا يخفى عليك ما في الزام العامل باجرة مثل العمل المشروط

مع فرض فوات محله وكذا في صورة الاطلاق وفي صورة اشتراط العامل على المالك وصورة الاطلاق بالنسبة اليه فان

جميع ذلك مبني على تمليك الشرط العمل المشروط له على وجه يكون من امواله وهو ممنوع فان اقصاه التزامه عليه الشرط

بالعمل واجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به لا كونه مالا له خصوصا مع اشتراكهما في فائدة الشرط كما هنا

بل لا يخفى عليك ايضا محل النظر في غير ذلك من الكلام المزبور حتى ما في الثمن من ضمان النقص الحاصل في الثمرة وفي الارض بعد

فعل الشرط مما اقتضاه الاطلاق مع منع اجرة المثل القائمة مقام العمل وح فالمتجه عدم اختصاص المالك بها من دون كونها

عوض العمل الذي يعود نفعه اليهما فلا بد من ملاحظة ما يخصه منها اما بملاحظة نسبة حصة العامل الى حصته او بغير ذلك

كما ان ارش نقصان الثمرة لا يختص به لكونها مشتركة بينهما بل يقتصر له على حصته نحو ما سمعته في المزارعة فيتجه الا مستغاة

بذلك عن اجرة مثل العمل فتامل جيدا فان المسئلة محتاجة الى تنقيح خلافا للمحكي عن ط من عدم الجواز معللا له بانه خلاف

وضع المساقاة وهو كما ترى مع انه منقوض بما اعترف في جوازه مما سيأتي في اشتراط عمل غلام المالك معه الذي هو بمنزلة عمله

وكيف كان فقد بان لك مما ذكرناه انه لو شرط العامل ان يعمل غلام المالك لانه او في من عمل المالك معه لانه في

الحقيقة ضم مال الى مال نحو اشتراط عامل القراض على المالك دفع راحلته مثلا لحمل مال القراض نعم لو شرط عليه قيام غلامه بجميع

العمل كانت المساقاة باطلة اما لو شرط ان يعمل الغلام لخاص العامل بمعنى عمله في الملك المختص بالعامل لم يجز عند الشافعي لعروه

عمل الغلام ح مقابلة لعمله فتصير الفائدة له بلا عمل ولكن فيه تردد من ذلك ومن عدم منافات ذلك للمساقاة اذ هو شرط خارج

عنها ومن هنا كان الجواز اشبه باصول المذهب وقواعده ومن بعض المحققين ان المراد بها في العبارة اشتراط كون عمل الغلام للعامل

يختص به وردد مع صدق بانه ح لم يحتج الى حمله لخاص العامل بل كان يكون منه قوله للعامل على انه لا محصل له فان عمل غلام المالك

في بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل وكيف يشترط مالتخص ... فائدة لهذا الشرط قلت مراده بالجواز

عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائما مقامه في العمل عنه على وجه لو لم يعمل العامل وعمل الغلام وحده كان جائزا وح يكون وجه

البطلان ضمنا ولعل قول المص ان الجواز ح اشبه لان الغرض كون عمل الغلام معه فلا يقدح كون عمل الغلام له على معنى انه لو كان

له حصة كان للعامل لا المالك اذ هو لا ينبغي على عمل المالك معه فتامل جيدا والله العالم وكذا في كون الجواز اشبه باصول المذهب

وقواعده لو شرط العامل على المالك مثلا اجرة الاجراء الذين يستعين بهم على العمل مع فرض كونها معينة او شرط خروج اجرتهم منها

معا انه لا مانع ذلك للعامل عمل مقابل الحصة من الفائدة خلافا للمحكي عن الشيخ من البطلان لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس

الا دفع الاصل من المالك وفيه منع واضح ضرورة عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه واما تنزيل العبارة ومانسا

بان المراد اشتراط العامل على المالك الاجرة على جميع العمل على وجه لا يبقى للعامل الا الاستعمال والثمرة فقيدان المتجر في مثله افساد لا
ضرورة عدم ما يدل على الصحة بعد ان كان ذلك خارجا عن عمل المساقات المعتاد ودعوى كونه عملا تدعو الحاجة اليه فان المالك قد لا
يهتدي الى الدهقنة واستعمال الاجرة ولا يجدي من يباشر الاعمال ولا يأتمنه يحتاج الى المساقات من يعرف ذلك ليتوب عنه في ذلك استعمالا
كما ترى نعم لا بأس باشتراط العامل على ان يكون الاجرة منه بمعنى اشتراط عدم مباشرة العامل فان ذلك لا يمنع صحة المساقات مع
اشتراط عمل العامل ما اخرج منه فضلا عن غير ضرورة بعدم اشتراط المباشرة في المساقات والله العالم الفصل الخامس في الفائدة
اي الثمرة ولا خلاف في انه لا بد ان يكون للعامل جزء منها مشاعا بينه وبين المالك مساو او متفاضل على نحو ما سمعته في المزارعة
لان ذلك هو الثابت من مشروعيتها دون غيره فلو اضرب عن ذكر الحصة بطلت المساقات حينئذ قطعا وكذا لو شرط احدهما الانفراد
بالثمرة معظم او سنة لم تصح المساقات التي هي خلاف الاصل المقتصر فيها فيه على المتيقن ولشمول ذلك منه بلا خلاف ولا اشكال بل قضية
ما سمعته سابقا في المزارعة جماعة انه كذلك يبطل المساقات لو شرط لنفسه شيئا معينا وما زاد بينهما بل وكذا لو قدر لنفسه
ارطالا معلومة وللعامل ما فضل او عكس بل وكذا لو جعل حصة لعينه له وللاخر ما عداها الى غير ذلك مما ينافي الاشاعة
في مجموع الفائدة الحاصلة من الاصول التي وقع عقد المساقات عليها الذي صرح في ذلك باعتباره هناك مما لا يمكن خلو احدهما
عنها مع عدم حصول علم المعين لكن قد عرفت البحث فيه سابقا على وجه لا يخفى عليك جريانه في المقام بناء على اتحاد المزارعة والمساقات
بالنسبة الى ذلك لم لو فرق بينهما بان في النصوص السابقة هناك ما ينافي اعتباره بالمعنى المذكور بخلافه هنا فانه لكونه او لم تأت
مشروعيتها الا بالاشاعة في الجميع على قدر تم او فرط الا ان يكون بحاله عن تراض وقد عرفت سابقا الاشكال في ابنات مشروعية الوجه
المشكوك فيه من المعاملة المتعارفة المعلوم شرعيتها غير ما ارادها اللهم الا ان يؤخذ على طريق الشرطية كي يستدل على صحتها وعينيه
بادلة الشرائط لا على وجه الجزئية لعقد المساقات كما ذكرنا اليه في المزارعة فلاحظ وتأمل وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال
في انه يجوز ان يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر كالنصف من ثمر النخل والربع من الكرم مثلا لعدم منافاته للاشاعة
في جميع الفائدة لكن اذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع من النوعين حذرا من الغرر والجهالة فان المشروط فيه اقل الامرين قد يكون
اكثر الجنسين لكن لا يخفى عليك تحقق الجهالة ايضا مع عدم افراد كل نوع بحصة بل كانت في الجميع متحدة فما عساه يظهر من العبارة
من الاختصاص باشتراط ذلك في صورة الافراد خاصة لا يخلو من نظر اللهم الا ان يدعى باستفادة اغتفار الجهالة في المساقات دون
الاول من الادلة الا انه لا يخفى ان الجهالة الناشئة من الافراد غير الجهالة باصل الحقيقة فقد يعلم الجواز حينئذ المساقات عليهما
بالنصف من حاصلها اجمع وانه لا يعلم مقدار كل نوع منها بخلاف ما لو افرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من الآخر فتأمل فانه لا يخلو
من دقة والله العالم ولو شرط مع الحصة من النماء ملك حصة من الاصل الثابت لم يصح لان الثابت من مقتضى المساقات
جعل الحصة من الفائدة خاصة دون غيرها اتفاقا على اطلاقهم المنوعية مضافا الى ان الحصة من الاصل منتقل في ملكه
فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعا في ملك المالك ولا واجبا بالعقد اذ لا يعقل ان يشترط عليه العمل في ملك نفسه
وهو المحكي عن الاكثر كالطوسي والحلي وغيرهما بل في الرياض لم نقف على مخالف فيه صريحا ولا ظاهرا قلت ولكن الانصاف مع ذلك فيه نوع تردد
مما عرفت ومن عموم اوفوا والمؤمنون عند شروطهم ولعل ذلك الذي جزم به بعضهم من اشتراط الذهب والفضة وغيرهما كما ستعرف لاحتمال
الفرق بينهما بانه في الاول قد جعل الحصة من النماء في مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ومع فرض صيرورة جزء من المال له بالشرط
العمل بجميع المال المملوك للمالك لم يستحق مجموع الحصة المشترطة له الا حال له بالشرط وهو العمل بالجميع فيبطل العقد بخلاف
الاشتراط المذكور كالمستثناة من العمل بجميع المال بل هو بيان لاستحقاق الحصة بالعمل بما يختص المالك ابتداء قبل تمام النماء للحقيق
النظر مع اخذ الحصة من الاصول هو عوضا على حسب الحصة من الفائدة لعدم ثبوت شرعية المساقات على هذا الوجه لا صالحيتها للتمليك

لتمليك عوض غير الحصة من الفائدة من غير فرق بين الحصة من الاصل والذهب والفضة وغيرهما اما لو اخذ على جهة الشرطية التي هي
سبب ايضا في التمليك فالظاهر الصحة لعموم الادلة الذي لا فرق فيه بين ذلك وبين اشتراط الذهب والفضة ولعله بذلك يلتئم الكلام
اجمع والله العالم ولو ساقاه بالنصف مثلا ان سقى بالناضح وبالثلث ان سقى بالسائح بطلت المساقات لان الحصة لم تتعين مع
الترديد والتعليق ولكن فيه ما عرفته من ذلك ومن انها معينة على كل من التقديرين فهي كالاجارة ولكن لا يخفى عليك ان الاشبه باصول
المذهب وقواعده الاول لعدم كون ذلك تعيينا رافعا للجهالة بل هما جزءان وجواز في الاجارة لو قلنا به لدليل خاص لا يقتضي الجواز
هنا بعد حرمة القياس ومعلومية استقلال عقد المساقات عن عقد الاجارة كما هو واضح والله العالم ويكره ان يشترط رب الارض على
العامل مع الحصة شيئا من ذهب او فضة بلا خلاف اجده كما اعترف به غير واحد لعل مثل ذلك كاف في ثبوته فالمتسامح فيه لكن الانصاف في الحكم
الجواز منشئا فلا ينبغي التوقف فيه لعموم المؤمنون مع عدم كونه منافيا لمقتضى العقد ولا الشرع فيجوز حينئذ ويجب الوفاء بالشرط مع
ذلك غير واحد من الاصحاب انه لو تلفت الثمرة اجمع بآفة سماوية او ارضية لم يلزم الوفاء به وكذا لو لم تخرج والاكان اكل المال بالباطل
لامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر فان الشرط جزء من العوض لكن لا يخفى عليك ان الحكم في الصورة
المذكورة واضح اما العكس وهو ان شرطه العامل على المالك فظاهر اطلاق عبارة كثير والغرر انه كذلك وفيه نظر لان العوض من قابل قبل
العمل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعمل فكيف يسقط بغير مسقط فان تلف احد العوضين لا يوجب سقوط
البعض الآخر بعد قبضه وذلك قلت قد يقال ان المدرك بذلك هو بطلان المساقات الذي يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائدة التي هو ركن في
المساقات وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصة بعدم خروج الثمرة لدليل بخصوصه لا يقتضي الجواز هنا كما ان الاقدام عليه معتمدا
للعادة لا يقتضي الصحة مع تخلفها وربما شهد له ذلك في الجملة ما اعترف به غير واحد في ذكره في مسألة هرب العامل انه
لا يجب عليه اكمال العمل تمام المدة مع خروج الثمرة او تلفها كما عرفت احتماله ايضا ولا اجرة له الا ان يسلم ما بذله ولا الوجه للاكمال كما هو
غير لكن ظاهر اشبهها له بعامل القراض الذي لا يخرج بربح مع وجوب الانضاض عليه الا انه احتمال اخير لكونه كتلف العوض المعين
في المبيع قبل قبضه الموجب للانفساخ ثم قال وفيه نظر قلت بل النظر في غير ضرورة قصد المعاوضة في المساقات بخلاف
المضاربة التي يراد منها الحصة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل بخلاف المقام المعتبر فيه المقابلة بحصول الثمرة ولا يكفي
الاحتمال لعدمه كما تعرف ذلك من ملاحظة ما ذكره الاكثر في تلف البعض الآخر وقصور الخروج الشهود في مع صدق
بل بناء من ان الشرط حصة من احد العوضين ولا ريب في ان مجموع احد العوضين بمجموع الآخر متقابل بالاجزاء فاذا تلف بعض
احد العوضين وجب ان يسقط مقابله من العوض الآخر ومن ثم لو لم تخرج الثمرة اصلا او تلف جميعها سقط المشروط كما في مراتب
مقابلة الاجزاء بالاجزاء في عوض المساقات منتفية لان الفائت ما انتقل الا بعد حصول التلف او نقصان الخروج عن العادة ثم يسقط
شيء من العمل اصلا ولان العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور فاذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه اياه بالمعاوضة فلا يسقط
مقابله شيء من العوض الآخر لا يقال فعلى هذا اذا تلف الجميع يجب ان لا يسقط الشرط لعدم ما ذكر لانا نقول لذلك خرج فينتقض
بالحديث الى ان قال واعلم ان الاثم في تصور الخروج لا وجه له اصلا لان العوض ما يخرج قليلا كان او كثيرا الا فيما يتوقع خروجه بحسب
العادة فكيف يعقل سقوط شيء اقتضاه ما قررناه ويؤيده عموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم ويتجه على ذلك كله في
المساقات تلك وبالجملة ان فائت الفائدة لو كان معلوم الحال وقت العقد لم تكن المساقات حقيقة والجهل بالحال والايصير
للصحة في الواقع نعم هكذا في عدم الخروج مثلا اما التلف بعده فقد يقوى احتماله اعتبار الامر في الفائدة التي هي ركن
في المساقات لعدم النفع لهما دونه وعدمه فعلى الاول يتجه البطلان بخلافه الثاني فعلى كل حال فليس للعامل المقابلة عليه
الا ما حصل من الفائدة كما انه ليس له شيء مع فرض عدمها اصلا لا الاقدام على ذلك فتأمل جيدا والله العالم الفصل السادس في احكامها اي المساقات

٢ عليه خياطة الثوب بدرهم ان كان روميا وبدرهمين ان كان فارسيا بل المساقاة في الحقيقة قسم من الاجارة م

٢ مع العوض الآخر م

٢ فقد يظهر من المصنف عدم سقوط شيء من الشرط به لظهور كلامه في اعتبار تلف الجميع في السقوط لكن في عدم تلف البعض م

٢ غير معلوم فلو تحققت المقابلة لم يكن الساقط في مقابله معلوما ولذلك لو تلف بعض الثمرة او نقص الخروج م

٢ من المشروط بتخلف العادة اما لو تلف البعض فان الاشكال فيه وان كان لا يخلو من وجه الا ان عدم سقوط شيء م

٣ لعل ايضا مبني على ما عرفت من بطلان المساقاة في خصوص الفائت فيكون من تبعض الصفقة في المساقات م

٢ ذلك م

ومنها مسائل الاولى كل موضع تفسد فيه المساقاة اي بعد فرض انعقادها فللعامل اجرة المثل لاصالة احترام عمل المسلم الواقع باذن
من استدعاه والاستيفاء والثمرة لصاحب الاصل المملوك له فيتبعه نماؤه مع فرض عدم الناقل له شرعا عنه من غير فرق في ذلك بين العلم
بالفساد والجهل وبين كون الفساد اشتراط كون الثمرة للمالك وغيره كما هو مقتضى اطلاق المتن وغيره بل في لك نسبته الى الاكثر
ما عرفت من اصالة احترام عمل المسلم بعد العلم بعدم كونه ذلك من التبرع المسقط للاجرة لو لم يشك فيه ما لو رضا بالعقد الفاسد او
بالعقد المتضمن لعدم الاجرة لكن رضا بالعمل بلا اجرة فان الحيثية ملاحظة بمعنى كون المتشخص منه في الخارج اقداما بالعقد
الذي لا يترتب عليه ذلك والعمل الصادر منه انما هو من حيث انه مقتضى العقد الفاسد لا انه رضي منه بالعمل هو ذاته ونفسه بلا
عوض نحو انشاء العقد الذي قد وقع العمل عليه مقتضيا معاملة معاملة الصحيح فيبقى احترام العمل بنفسه على ذلك بما مع
من تقييد اطلاق المتن وغيره بما اذا لم يكن العامل عالما بالفساد بما اذا لم يكن الفساد باشتراط كون الثمرة اجمع للمالك لكونه في
الصورتين متبرعا لا يستحق على عمله شيئا كما ترى لا يخفى من نظر ما علمته في ذلك فان من التشخيص ان الواجب من يجب له اقل
الامرين من الحصة واجرة المثل لاقدامه على التبرع بما زاد وفيه مع نقصانها عن اجرة المثل اذ لا يخفى انا قد امنا على العقد المقتضي لذلك بعد
فرض فساده لا يقتضي الفساد ومع ترتب حكمه عليه فيبقى احترام عمله في نفسه على ما تقتضيه الضوابط الشرعية من ضمانه باجرة المثل وهو واضح
بادنى تأمل والله العالم المسئلة الثانية اذا استاجر اجيرا للعمل بحصة منها اي الثمرة فان كان قبل ظهورها لم يجز قولا واحدا لكونها
معدومة وجهالة جعلها عوضا في المساقاة للدليل لا يقتضي الجواز هنا بعد حرمة القياس وان كان بعد بدو صلاحها جاز
بلا خلاف ولا اشكال لعموم الادلة واطلاقيها السالمين عن معارضة ما يقتضي المنع وان كان بعد ظهورها وقبلها متعلق
وقبل بدو الصلاح بشرط القطع صح انا استاجره بالثمرة اجمع قبل بدوها على اعتبار ذلك في البيع الذي قد عرفت جواز وقوع
ذلك فيه بدون الشرط المذكور الذي يمكن ارادة الكلية به عن ملاحظتها نفسها في العقد لا حال البدو صلاحها الآتي مثلا
والا فاشتراط القطع من حيث كونه اشتراطا لا مدخلية له في ما ليتم على وجه يصح كونه مبيعا واجرة فلك بانه صح مع شرط القطع
او شرط البقاء مدة معلومة ولا يكون بذلك مبيعا واجرة حال الادراك الذي هو معدوم الآن وانما يكون حالا طاريا على ملكه
وبذلك يظهر ان مدرك الجواز الاصح وعدم القياس على البيع الممنوع عندنا ولعله لذا لم يذكر المتن الجواز مع الضميمة او العامين
الذي ذكره في البيع فانه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع لكونه كناية قد عرفت الا مع الضميمة او العامين فيختص البيع بالجواز
لدليله ولا يقاس عليه ما هنا مع احتماله كما جزم به في لك ما الذي ذكر المتن اتحاد الاجلي ما ظاهره ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد
الحكم في المقامين ولو استاجره ببعضها قبل البدو لم يصح لتعذر التسليم لانه كان عدم اذن الشريك فيتعذر القطع اشتراطه في العقد
والوجه الجواز كما في لك وفاقا للاكثر لامكان القطع والتسليم بالاذن كما في كل مشترك ولو فرض امتناع الشريك تمكن اذن الحاكم وانما مع
لو فرض كون الشريك المستاجر يتجه القسمة للتمكن من اشتراط القطع عليه ورضاه والتزامه به اذا كان غيره ولما يعدم جواز
القسمة بالخرص والتخمين وعدم جواز الاجبار على القطع قبل الادراك لما فيه من الضرر فيشكل الجواز حينئذ اذا الشرط المعتبر في الصحة
بناء على اشتراك هذا كان قد عرفت قوة عدمه الا اذا اريد به الكناية عما ذكرناه وقد تقدم لنا في بيع الثمار ما ينفع ملاحظته في المقام
فصل ثالث في الفرق بين النخل وغيره من الاشجار مع ان المتن لم يشر الى شيء من ذلك وكان غرضه المعظم الفرق بين المساقاة والاجارة
من جوازها الاولى بحصة منها قبل الظهور لكونها مشروعة على ذلك بخلاف الثانية التي هي باقية على مقتضى عدم اعتبار المعلومية
في الاجرة ولذا اقتصر على اشتراط القطع دون الضميمة والعامين المحتمل كون جوازهما في البيع للدليل الخاص من الاجماع وغيره ان تم
المسئلة الثالثة اذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على ان اساقيك على الآخر بكذا قيل والقائل الشيخ فيما حكي عنه يبطل
لانه كالبيعين في بيع وللعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد والمنضر انه سبب في زيادة العوض او نقصانه وان لم يعلم مقدار ذلك

ذلك فيتجه البطلان كذا الكلام في بعتك هذا العبد بكذا على ان تبيعني عبدك بكذا نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقة صح وان
اختلفت الحصة ولكن لا يخفى ان الجواز اشبه باصول المذهب وقواعده من صحة عدم كون ذلك المعتبر بالبيع بثمنين الى
اجلين مثلا او على تقديرين ونحوها او نحوها بالعقد التي منها المشتملة على الشرائط للعروض ضمانا الحكم المؤمنون عند
شروطهم فيجب الوفاء حينئذ بها وان سلم كونه وعدا لم يقدح وان صار داعيا الى زيادة العوض او نقصانه كما هو واضح واضعف منه
ما عن ابن الجنيد حيث قال لا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها اشق عملا من بعض الا ان يعقد
ذلك ويشترط في العقد الكعقد على الاخرى اذ هو كما ترى لا دليل عليه فالتحقيق الجواز في الصورتين والله العالم المسئلة
الرابعة لو كانت الاصول لاثنين مثلا فقالا لواحد مثلا ساقيناك فهنا لك على ان لك النصف مثلا صح وان لم يعلم نصيب
كل واحد منهما لعدم مدخلية ذلك في العلم بحصته وليس الا تعدد المالك وهو غير مانع كما في الصحة المتصرف في المقام بالنسبة
الى اتحاد المالك والعامل وتعددهما نعم لو قالا لك من حصة فلان النصف ومن حصة الآخر الثلث صح ولكن يشترط
ان يكون عالما بقدر نصيب كل واحد منهما وح لو كان جاهلا بطلت المساقاة لتجهل الحصة كما هو واضح
وقد ذكر في لك بعض الصور لبيان كيفية القسمة بينهم للتدريب لا فائدة في ذكرها والله العالم المسئلة الخامسة اذا هرب
العامل قبل المدة في اثناء العمل لم تبطل المساقاة قطعا لا لما ذكرنا بل لما عن الاصحاب سابقا من بناء على اللزوم فليس للمالك
الفسخ بمجرد ذلك خصوصا ان بذل العمل عنه باذل وانما يرفع امره الى الحاكم فيطالبه ويجبره على العمل فان تعذر ذلك استاجر من حاكم
من يعمل عنه او باجرة مؤجلة الى وقت الثمرة ومع فرض ظهورها وبدو صلاحها استاجر بحصته اجمع او ببعضها او بالاقتراض عليه
او دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستاجر عنه ولو على جهة القرض عليه او بغير ذلك من الطرق التي يحصل بها الحق فما عليه
الى من هو له لانه ولي كل ممتنع لقوله نعم انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا معهم وح فمن حصل احدهما فلا خيار للمالك
لعدم الضرر عليه مع اصالة اللزوم ولكن قد يقال ان مثله لما سبقنا ومنهم في هذا المقام كالخيار بعدم الوفاء بتاخير الثمن ونحوه
بالامتناع عن العمل وتسليم العين المستاجرة ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شيء من ذلك من غير مراجعة الى الحاكم لظاهر
ان متى حصل من احد المتعاقدين لعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم شرع له الفسخ وكان العقد في
حقه جائزا دفعا للضرر بذلك لقاعدة لا ضرر ولا امر ان لزم تعين الفسخ رفع امره الى الحاكم في تحصيل حقه كما انه قد يمنع
وجوب فعل الصور المذكورة على الحاكم وان ظهر ذلك من عباراتهم ضرورة كون قيام الحكم من الحاكم في هذه الامور من باب
الحسبة والاحسان الذي لا يجب عليه مراعاته وعلى كل حال فقد ذكروا هنا انه ان تعذر فعل بعض من ذلك
الذي قدمنا ذكره بل ولو لعدم امكان اثبات الحق عند الحاكم على ما في لك او لعدم امكان الوصول اليه كان له الفسخ لتعذر العمل
عليه فيختص دفع ضرره بذلك ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم ولو على الوجه المذكور كان له ان يشهد انه استاجر عنه
وح له ان يرجع عليه لكونه كالحاكم في الولاية بالنسبة الى ذلك اذ المؤمنون بعضهم اولياء بعض لكن على تردد مما عرفت ومن
الشك في ثبوت الولاية له على الوجه المذكور في هذا الحال وعلى كل حال لو لم يشهد لم يرجع اذا انكر العامل الاذن
والزم عدم البينة على الاستيجار عنه بل في المسالك العبارة عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل بل وحتى لو كان الاشهاد متعذرا لكون
اي الاستشهاد ح بمنزلة الحاكم بل في لك انه احد الاقوال في المسئلة والثاني لا يرجع مع التمكن منه والثالث الرجوع مطلقا
بانه لا مدخلية للاشهاد في ثبوت الحق في نفسه لا لارادة المناقشة وانما اقصى ما يتوقف الاثبات عليه لا الثبوت ومن هنا كان الاقوى ثبوت
بالاحتمال قبل قوله بيمينه لان الاصل عدم تبرعه بالانفاق بل لا يحصل فيه من الغرمان كان هو كما ترى عدم كون ذلك
ثم قد يقال بذلك بناء على ثبوت ولاية عنده في ذلك في هذا الحال لما عرفت لكنه قد يكون اصل المتن بالاشهاد الذي جزم به مع علم

عمدها المؤمنين على ذلك لان الولاية لهم مع عدم الحاكم بل قد ذكرنا في غير المقام امكان ثبوت هذه الولايات التي هي من الحسبة والاحسان
لفساق المؤمنين مع تعذر العدول فلاحظ وتأمل هذا كله لو كان العامل غير المعين اما هو فالمتجه ثبوت الخيار بمجرد
مباشرته وان وجد المتبرع بل لو تبرع عنه متبرع لم يقع العمل له ولم يستحق بذلك الحصة وانما قصد اتمام العمل له بخلاف
غير المعين فان المحكم كونه على حصته مع اتمام المتبرع عن السبق لا صرح بذلك في مع صد لكن قد بينا تشوفي الشامل نعم استحقاق
الحصة التي هي عوض العمل منه او عنه فاما اذا لم يكن منه ولا عنه لم يستحقها نحو من استأجر على عمل فاتفق حصوله من غيره لا بقصد
النيابة عنه وقد يدفع بان عقد المساقاة اقتضى كون العمل في ذمته فمتى وقع كان عنه وله لعدم تعين كونه عمل نفسه في
ذمته على ان المساقاة لا تركيب فيها تشبيها على الصحة التي معناها ترتب الاثر الذي هو ملك الحصة وتكليف العامل باجر المثل
للمالك مع حصول العمل لم تأت الاوجه لم نلتمس الا ما ذكرنا لكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الحكم من اثم باعتبار
عدم ظهور الفرق بينه وبين من استؤجر على عمل فاتفق حصوله من غيره كقلع الضرس فانقلع بنفسه وكالاستيجار على ازالة
نجاسة فاتفق اطارة الريح لها ونحو ذلك واحتمال الالتزام بالاجرة فيما صحب الحكم الا انه يتجه ان وضع المساقاة والمزارعة
ومشروعيتها على ذلك فان المراد حصول الزرع والثمرة الصالحة كيفما اتفق احتياج ذلك الى العمل منه العامل وان استغنى
عنه بفعل الله او بفعل الغير سقط عنه ولا يستحق حصته بخلاف الاجارة فان المراد فيها مقابلة العوض بالعمل منه او عنه ايضا
العام المسئلة السادسة اذا ادعى المالك ان العامل خان او سرق او اتلف او فرط فتلف ونحو ذلك وانكر
العامل فلا ريب في ان القول قوله اي العامل مع يمينه لانه منكر وموافقته للاصل سواء كان امينا ام لا نعم ضمانه بما
لتفريطه في على امانته فلا تتوجه الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار لعموم قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر ۲ الا في صورة كونه امينا او على الحال فالعزل قوله ايضا ويعد من الاصلاح كان ظالما وغيره سماع الدعوى م
في كرة لم يسمع دعواه حتى يحررها بينا بالمقدار مع ان المحكي عنه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة ويأتي انشاء الله التحقيق
في ذلك وكيف كان فيتعقب ثبوت الخيانة بالبينة او بغيرها هل ترفع يده او يستأجر من يكون معه من اصل
الثمرة كما في المتن احتمالا ولعله لان اثبات يده على حصته يستدعي اثباتها على حصة المالك التي لم ترفع يده عنها وفيه
منع توقفه على ذلك لامكان وضع المالك امينا على ما يرجع اليه معه الا انه لم اجد قولا لاحد من اصحابنا بل ولا غيرهم نعم عن الخلاف
يستأجر عليه من يعلم معه وفي موضع اخر يضم اليه امين ليشرف عليه وهو المحكي عن مالك وفي الاسعاد شرح الارشاد للشافعية
انه يلزمه الحاكم باجرة مشرف بعد ثبوته ولا تزال يده لانه مستحق للعمل ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق فتوفى جميع ابعد
الحقوق والوجه المطابق للاصول لنا ان يده لا ترفع عن حصته من الربح اي الثمرة لعموم تسلط الناس على اموالهم ولكن للمالك
رفع يده عما عداه بل لا ابقه ذلك مع عدم الخيانة ونحو فلو ضم اي المالك امينا لحفظ ما يرجع اليه كانت اجرته على المالك خاصة
كما في غده وكرد وجامع صد وذلك لرجوع مصلحته اليه لكن قد يشكل مع كون نفع الحفظ على العامل بانه من الاعمال الواجبة عليه
التي يتجه الاستيجار عليه مع فرض عدم قيامه به وقد يدفع بمنع كون ذلك من عمل المساقات وان وجب الحفظ عليه اذا كانت
امانة في يده وان سلم فالمراد بالحفظ من الغير واما الحفظ منه فهو من تحريم الخيانة والسرقة لا من حيث المساقات على انه بعد ثبوت
الخيانة منه في الجملة لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له وعلى كل حال فلو لم يمكن الحفظ منه ولو مع
الحافظ فعن غده الاقرب رفع يده من الثمرة والزامه باجرة عامل واختاره في لك ولعل الاولى الا للمالك ان يحفظ مال نفسه
ولا ابقه الا يرفع يد العامل لانه الفرض والثاني ان العمل واجب عليه وقد يتعذر فعله بنفسه فيكون كالهرب مضافا الى قاعدة
الضرر وقد يتجه الفسخ مع التعيين ومع عدمه اذا لم يكن الاستيجار عنه على حسب ما سمعته في الهارب كما صرح به الشهيد في
حواشيه وهو الذي صرح به في الاسعاد والارشاد من كتب الشافعية لكن قد بينا فيما تقدم ان الحق الثابت لشخص

۲ الحق م لشخص اذا كان لا يتم الا باستيفاء حق شخص اخر وان الريبة عن ملكه فلا دليل على سقوطه بذلك[2] وان الرفع وبعدم
تعذر العمل منه لان تحريم الخيانة غير كان في ذلك بل لو حوسبنا دفع يده عن الجميع بسببها امكن لم يبق ان التعذر
بسبب المالك فلا يجب على العامل شيء ولذا قال في مع صد للتوقف في الموضعين مجال وهو في محله والله العالم
المسئلة السابعة اذا ساقاه على اصول ثم ظهر فيها استحقاقها باحد الطرق الشرعية انها مستحقة بطلت المساقاة
مع عدم اجازة المالك ولا ريب في ان الثمرة للمستحق لانها نماء ملكه ولم يحصل ما يقتضي نقلها عنه وللعامل الاجرة على
المساقي الذي هو غاره لانه لم يسلم له عوضه بسبب من غير علم نعم لو كان عالما بالحال يتجه بناء على عدم غرمه مع علمه بالحال
اقدامه على ذلك والفرق بين ظهور استحقاق الثمرة وبين عدم خروجها او هلاكها حيث تثبت اجرة العامل في الاول
دون الثاني ان الاستحقاق يوجب فساد العقد حيث لم يجز المالك واصالة احترام عمل المسلم بعد فساد العقد تقتضي
الرجوع الى الاجرة على حسب ما عرفته سابقا بخلاف هلاك الثمرة وعدم خروجها فانه لما كان العقد معه صحيحا فلا
يستحق العامل سوى الحصة وان فاتت لان ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته ولا ينافي في ذلك ما ذكرناه سابقا
من الانفساخ بذلك فانه انفساخ من حينه للاكتفاء في الصحة بالاستعداد المزبور حتى يتبين الحال بل لو قلنا بالا
نفساخ من اصل العقد امكن الفرق بين فائدة المساقاة عليه من امثال هذه الامور وبين الاستحقاق ونحوه من الامور
المقتضية لفساده فتأمل والله العالم وعلى كل حال فمع وجود الثمرة وبقائها عنده دفعت الى مستحقها ولو
اقتسماها مثلا اي الثمرة وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع بناء على ان غصب العين يقتضي ثبوت يده
على ثمرتها وان كان قد نقلها عنه لكن ذلك من يده عليها ولكن يرجع الغاصب على العامل بما حصل له من الحصة التي باد لم
استحقاقه لها فيما ضمان لها المستحق لها بعد من التلف والفرض ان يده عليها كانت يد ضمان لانها عوض العمل ولذا
۲ كما عرفت م كان للعامل على الغاصب اجرة عمله[2] لانها يد ضمان بغرور من الغاصب نعم في الحقيقة الضامن لها لانه اتلف فكان في
يده وان جاز للمالك مطالبة الغاصب بالاداء عنه بسبب غصبه ولكن هي في ذمته الى ان يحصل ذمته بالواحد
ولو على البدل فمع فرض دفع العوض عنها لم صارت له لعدم ملك المالك العوض والمعوض وعدم استحقاقه بها ولعل هو
من التبرع بوفاء الدين كي تبرأ ذمة العامل ولا يستحق الغاصب الرجوع عليه بالعوض التكليف الشرعي للغاصب
بالاداء عن العامل مع مطالبة المالك وذلك يقوم مقام الاذن ممن عليه الحق بالاداء وبالجملة هو من المعاوضات
الشرعية المتعلقة بنفسها التي لا تدخل في صلح او عقد او حوالة او نحوهما ولعل ذلك دليل الاجماع منهم كما يظهر
۲ ارسال م من ارسالهم[2] المسلمات ولولاه لاشكل رجوع الغاصب عليه بعد براءة ذمته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب
ولكن للخطاب الشرعي اذ انتقال المال الذي كان في ذمته للمالك للغاصب يحتاج الى ناقل من النواقل المعهودة
والفرض عدمه فليس هي الا المعاوضة الشرعية وكيف كان فلا يخفى ان ذلك كله مقيد بما اذا لم يبق الغاصب
ظالما متعديا على دعوى الملكية والا لم يكن له الرجوع على العامل مؤاخذة له باقراره واعترافه بكونه مظلوما باخذ المالك
منه ذلك والمظلوم لا يظلم غيره كما ان رجوع العامل بالاجرة مقيد بغير ذلك والا لم يكن له الرجوع بها لاعترافه بحلها
التبعية وان الغاصب ظالم هو المالك فهو حينئذ مالك للحصة وان ظلم واخذت منه لكن لا يظلم غيره لما عرفته ولو اختلفا
في ذلك جرى على كل منهما حكم اقراره واخذ به ولا يلتزم به الاخر كما هو معلوم من القواعد الشرعية وعلى كل حال
فقد بان لك الوجه في ان للمالك الرجوع على الغاصب او يرجع على كل واحد منهما بما حصل له من الثمرة التي قد تلفت في يده بحصول
سبب الضمان من كل منهما ولا رجوع لاحدهما على الاخر في ذلك الا للعامل بالاجرة مع جهله وترك له الرجوع على العامل بالجميع

ان شاء لان يده يد عادية ولا على البيع احدث حتى تؤدى ولكن يرجع هو ح على الغاصب بما حصل له على نحو ما تقدم والاول
اى الاقتصار على الرجوع على الغاصب وعلى كل منهما بحصته اشبه باصول المذهب وقواعده عند المصنف الا ان يقيد بان يكون
العامل عالما به ولكن لا يخفى عليك ما فيه ضرورة عدم مدخلية الجهل والعلم في صدق ثبوت اليد ومعه ان العامل من حيث
كونه عاملا انه لم يكن يد على الثمرة وانما هو راع لها وما انتزع من المساقى بعد بلوغ مع علم ايضا والا لا ضمانا في الحالين
بل لعل الثاني خصوصا مع كون بعض اعماله كالتلقيح والتركيب ونحوهما متعلقا بها ولكن هذه اليد لا ترفع يد المساقى
الغاصب ايضا ولذا كان له الرجوع على كل منهما الجميع وما حصل له كما هو واضح بادنى تامل فالثاني هو الاشبه ح الاول
من غير فرق بين تلفها بالاقتسام او بآفة او بغيرها لان المسئلة من نوادر الايدى على العين المغصوبة والله العالم المسئلة ٢ توارد
الثامنة ليس للعامل غيرها المعين فضلا عنه عن ان يساقى غيره بخلاف المزارعة والاجارة لان الاصل يقتضى ذلك للعقد الثاني
ما لا حاصل له او مخالف للضوابط الشرعية بل لان المساقات على خلاف باعتبار الغرر والجهالة والثابت من الادلة انها
انما تقع على اصل مملوك عينا او ولاية للساقى دون ما عداه اذ ليس في شيء من نصوصها اطلاق يرجع اليه
واوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة عن تراض فلا يصلح لاثبات مشروعية مثل ذلك ولا فرق فيما ذكرناه بين حال الظهور
الثمرة وعدمه نعم له الاجارة على القيام بعمل المالك اما بشيء من الثمرة او غيره وبذلك يظهر لك فساد ما قيل
من ان لك من الفرق بين المزارعة والمساقات ونحوه ان كون المساقات معاملة على الاصول لا تقتضى عدم جواز ايقاع المساقى
بعد معلومية المدة سقيها ونحوه المعاملة عليها نحو كالارض في المزارعة والحصة قد استحقها بالعقد فلا
ريب في انه لا مانع من ذلك بحسب القواعد الشرعية لو كان هناك مقتض للصحة من اطلاق ونحوه وعلى تقديره فلا يحكى
منه كما يحكى عن بعض افاضل متأخرى المتأخرين بل لعله ظاهر المحكى عن الاسعد فانه في الجملة قال لو ساقى المساقى غيره
جاز ان لم يكن شرط عليه ان يتولى العمل بنفسه وكان شريكا للمساقى بجزء من حصته لا بجزء من الاصل اذ له اجمع فان
نزع المساقى الثاني بالعمل لكنه لم يكن المساقى ان يساقى غيره ولا من ذلك انه لم يكن للمساقى الاول
ان يأخذ شيئا من الغلة وكان له اجرة مثله فان عمل فيها جاز لكن فيه انه لا اجرة له مع فرض عدم العمل منه بل عليه اجرة المثل
للمساقى الثاني لغروره اياه اللهم الا ان يكون بذلك يستحق الاجرة على المالك لصدور العمل له باذنه الاجرة عنه الاول المسمى
استحقاقه الحصة لحصول العمل ولو من غيره لا الاجرة ولذا قال ابن البراج فيما حكى عنه اذا دفع انسان الى غيره نخلا معاملة
هذه السنة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك او لم يقل ذلك فدفعه العامل الى اخر معاملة بعشرين وسقا مما يخرج من الثمرة
فعمل على هذا كان الخارج بين الاول وبين المالك النخل نصفين وللاخر على الاول اجر عمله ولو كان اشترط في المعاملة عشرين وسقا
لاحدهما بعينه وفي الثانية النصف كان الخارج لمالك النخل وللاخر على العامل اجر عمله وللاول على صاحب النخل ما عمل الاخر ٢ اجرة م
ولا ضمان عليه في ذلك وكان الوجه بحكم المساقات فاسدة كله للمالك الا ان على الاول اجرة مثل الثاني فيحتمل تحقيق الرجوع
الاول على صاحب النخل لكن في تحقق لذلك حكم ما سمعت عن ابن الجنيد وابن البراج قال التحقيق انه ان اذن المالك
للاول في مساقات الثاني صحت وكان الاول كالوكيل لا حصة له في الثمرة وان لم يأذن فالثمرة للمالك وعليه اجرة المثل
للثاني ولا شيء للاول وفيه انه لا وجه لوجوبها عليه مع فرض عدم الاذن منه في عمله اللهم الا ان يريد لا شيء له من مستقر
الاثر بعينه رجوع الثاني على الاول والاول على صاحب النخل فهو الحقيقة الاجرة للثاني ولا شيء للاول نعم وعلى كل حال
فالظاهر في خصوص ما سمعته من ابن البراج لا في اصل المسئلة ضرورة انه لا وجه للاذن مع فرض عدم مشروعية المساقات
من المساقى الاول وكونه كالوكيل بالنسبة الى ذلك لا معنى له مع فرض كون مساقاة للمساقى الثاني في مساقاة المستحقة عليه

عليه لكن في مع صحة بعيدان ذكر الوجه في عدم جواز المساقات للساقى الذي لا يصلح مع ذلك للنيابة عن الاول فيما اوجبه
عليه نفسه عقد المساقاة والفرق بينها وبين المزارعة قال لو هذا اذا لم يأذن المالك فاما اذا اذن للعامل في المساقاة صح وكان
الثاني هو العامل والاول كالوكيل عن المالك وفيه ما لا يخفى ضرورة عدم عقد المساقاة للاول كما ان من ذلك يعلم ان عدم جواز
عقد المساقات للعامل لعدم حصول الشرط شرعا ولعدم مقتضى الصحة لا لعدم حصول الاذن من المالك في تصرف
غير العامل الاول كما عساه يظهر من مع صحة ولذا لم يتوهم الصحة بفرض الاذن ثم لو كان المانع من المساقات عدم جواز
التصرف لغير الاول امكن ح ارتفاع ذلك ح ولا يكون وكيلا بل هو مساق حقيقة ويجرى عليه احكام المساقات كما هو ٢ بالاذن م
واضح والله العالم المسئلة التاسعة خراج الارض مغروسة وغير مغروسة على المالك الكائن فيها بسبب اشتغالها ٢ للغرس م
في ذلك وحق المسلمين فيها وان ضرب على الشجر الذي فيها فانها هي بواسطتها والعامل انما يستحق الحصة بواسطة
عمله فله انه ح ضمان الخراج على المالك الا ان يشترط على العامل او بينهما فيمضي على حسب الشرط لعموم المؤمنون وكون
يجرى عليه حكم الشرائط بل قد سمعت في المزارعة اعتبار معلومية مقداره في صحة اشتراطه وكونه سلف منا
هنالك ما له نفع في المقام فلاحظه وتامل كما انه تقدم آنفا حكم الشرائط مع عدم خروج الثمرة اصلا او قلتها فلا نعيده
المذكور شرطا وجزءا للعقد مع الحصة والله العالم المسئلة العاشرة الفائدة تملك بين العامل ورب الاصول
بالظهور بلا خلاف اجده فيه بل في الكفاية نسبته الى علمائنا بل في لك الاجماع على عدم تأخر ملك العامل الى بلوغ الثمرة
وادراكها قلت فليس ح الا الملك بينهما بالظهور مضافا الى ان ذلك هو مقتضى تبعية النماء في الملك والمشروع
من عقد المساقات المقتضى لملك العامل الحصة وملك رب الاصول العمل عليه فما عن بعض العامة من عدم ملك
العامل لها الا بالقسمة قياسا على عامل القراض واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا كما تقدم في محله مع وضوح
الفرق بينهما بان الربح هناك وقاية لرأس المال فلا ربح ح الا بعد وصول رأس المال الى المالك بخلاف الثمرة هنا
وح فيجب الزكوة فيها على كل واحد منهما ان بلغ نصيبه نصابا كما هو المتم لتحقق سبب الوجوب وهو النماء على
ملكهما مع فرض بلوغ النصاب خلافا لابن زهرة هنا وفي المزارعة على مالك البذر والاصول خاصة لانه نماء ملكه لا
يأخذه المزارع والمساقى كالاجرة عن عمله قال ولا خلاف ان الاجرة لا تجب فيها الزكوة وكذا ان كان البذر للمزارع لان
ما يأخذه مالك الارض كالاجرة عن ارضه فان كان البذر منهما ان بلغ مقدار سهمه النصاب وبالغ ابن ادريس في التشنيع
عليه وقال اني راجعته في هذا الحكم وكاتبته الى حلب ونبهته على فساده فلم يقبل وتعدد باعذار واضحة وابان بها
انه ثقل عليه الرد لعمرى ان الحق ثقيل كدومات رحمه الله وهو على ما قاله ووافقه على ذلك جميع من تأخر عنه نعم في لف
بعد ان استجود قول ابن ادريس قال قول ابن ادريس ذهب ابن زهرة لكنه لا يخلو البعيد عن الصواب لكن في الحدائق الحكم ان
الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه والا فهو في غاية البعد من الصواب ولخوف ذلك بعد ان قال الضعف فكم
لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكوة بها لا بطريق الاجرة ثم لو سلم كونها كالاجرة فمطلق
الاجرة لا تمنع من وجوب الزكوة بل انما تعلق الملك بها قبل الوجوب اذ لو استأجر بزرع قبل بدو صلاحه او اجرا له
الارض بالزرع كذلك لوجبت الزكوة على مالك الارض كما لو اشترى الزرع كذلك ثم لو كان يذهب الى ان الحصة لا
يملكها من لا بذر له بالظهور بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوها امكن توجيه الحكم لكنه خلاف اجماع الاصحاب ومع ذلك لا
يتم تعليله بالاجرة بل بتأخر ملكه عن الوجوب لما قد صح ما سمعته قال وهذا علم بما قاله لم نعلم عندنا انه
وجه له اصلا الا على القول بان استحقاقه وتملكه انما يكون بعد بدو الصلاح تعلق الزكوة وهذا خلاف ما عليه الحكم علمائنا

ثبتت فكيف يكون خلافه قريبًا من الصواب ولعله يريد ان ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه فلا يأتي على ما ذكر كما ذكره
ابن ادريس من التشنيع قلت لعل ابن زهرة لحظ عدم الوجوب في الاجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق لنمائها
الا بعد تمام العمل وان كرة يعتبر فيها التمكن من التصرف في المال المملوك وانه لحظ وجوبها لنحو المؤنة والمؤن كون
العمل في مقابلها مندرج في مؤنته او للاتفاق في الخلاف عن عدم وجوبها على الاجرة وضم بعض ما في ذلك من وجوبها فيما الواجد — ولتمام
بنوع انما اراد عدم احتساب مقدار اجرة المثل من المؤنة وبذلك اجرة مثل العمل وبذلك يظهر الفرق بين المقام وبين عمل
المالك لثمرته مع انه ربما قيل انه احتسابا باجرة فعله مؤنة وكذا ما يتلفه من ثياب ونحوها لحذلك ولا سيما لو لم نقل اذ كتابه
تلك المقام في العمل المقابل بالعوض وهو الزرع وقد عرفت الفرق بين العوض في المساقات والمزارعة وبين الاجرة واوضح
الفساد ولعله الحذ ذلك ونحوه اوفق الفاضل في ذلك بنفي البعد عن الصواب لا ما سمعته من مع ذلك ما الحول من الاياسيب
حمل على حمله فالمتجه سقوط زكوتهما عنهما معًا لخروجها بالظهور من ملك رب الارض والاصل وعدم تمامية الملك
للعامل وكونها بمقابلة العمل صارت من جملة المؤن للزكوة وان كره التمام على العفو على ما ذكره لقلما ذكره نعم وسيأتي
ما في استفادت تلك العقود ونحوه مما تقدم في حكم بل لعل الشهيد يعد ملك العامل بعد بدو الصلاح او بالقسمة فالمتجه
انه عدم الوجوب على المالك فضلاً عن العامل لانه من جملة المؤن وان لم يتم الانقلاب بها نعم لو لم نقل باستثناء
المؤن اتجه وجوبها الزكوة عليه كما في الكافي قال لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب كما يجب الزكوة على البائع
لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح لكن قد يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهرًا مجانًا في الاول بخلاف الثاني على ان تمامية
الملك معتبرة في الزكوة وهي هنا منتفية بتعلق حق العامل المانع له عن التصرف وان لم نقل بكونه تتمته اذا دفع
ارضًا الى رجل ليغرسها على ان الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة عندنا لان الاصل الفساد وما عساه يظهر من بعض
النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صلح او اجارة جامعة للشرائط لا على مشروعية هذا العقد على نحو عقد المزارعة بل
الاجماع بقسميه على بطلانه حينئذ فالغرس لصاحبه لعدم حصول ما يقتضي نقله عنه ولصاحب الارض ازالته نعم يجد
المعاملة فان الناس مسلطون على اموالهم وله الاجرة ايضًا عمّا مضى من منفعة الارض لفوات ما حصل الاذن بسببه
من الشركة في الغرس باعتبار فساد المعاملة والفرض عدم دفع الارض مجانًا وكذا عليه ارش النقصان الحاصل على الغرس
بسبب القلع واذا استحق له فان استحقاقًا قلع لا يرفع ضمانه لما يحصل بفعله بعد ان لم يكن الغارس ظالمًا كي لا يكون لعرقه حق
وانما اقتضاه فساد المعاملة التي وقع التراضي منهما بها ولكن الكلام في كيفية تأديته فعن المدارك ان المراد به هنا تفاوت ما بين
قيمته فيجعل التعيير على الوضع الذي هو عليه وهو كونه حال غرسه باقيًا باجرة مستحقًا للقلع بالارش وكونه مقلوعًا لان ذلك
هو المفقود من ارش النقصان لا تفاوت ما بين قيمته قائمًا مطلقًا ومقلوعًا اذ لا حق له في القيام كله ليقوم بتلك الحالة وكما ان تفاوت
ما بين كونه قائمًا بالاجرة ومقلوعًا كما ذكرنا من انه استحقاقه للقلع بالارش من جملة اوصافه في الانقاوت ما بين كونه
مستحقًا للقلع ومقلوعًا لتخلف بعض اوصافه فيه كما بيناه ولا ما بين كونه قائمًا مستحقًا للقلع بالارش ومقلوعًا
لتخلف وصف القيام بالاجرة وهذه الوجوه المستفيدة ذهب الى كل منها بعض الى ان قال على الاولى مع سلامته مما فيها لا يخلو من
شئ ان لا معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته حيث اخذ في تحديده والظاهر ان القيمة لا تختلف باعتباره وان تقديره لكن
كتقديره مقلوعًا وقائمًا باجرة فلا يترتب مثل هذا الدور وللمصنف الاخير فيه تأمل كثيرة تقدم بعضها قلت ولعل انما واكثرها
مبنية على ملاحظة بقائه الى منتهى عمره في قيمته ولذا لاحظ البقاء بالاجرة مع انه لا يخفى عليك عدم استحقاق مقابلهم
الملاك لا مجانًا ولا باجرة وانما ذلك يتبع التراضي بينهما فقد يرضى بعض المالك بالاجرة او بالمجانية فلهذا ما يفوته قيمته

قيمته ثم لو قلعه حينئذ المالك المستحق لقلعه امكن ح تقويمه عليه بنحو ذلك اما هو فقلعه له باستحقاقه وكان يضمن ارش نقصان الحاصل
بالقلع يجيء انه اذا الحق من حيث الحجر القلع نفسه نقصان ضمنه له وحيث لا يلحقه لم يضمن له شيئًا وهو المراد الظاهر والشهيد
في اللمعة وله نقص بالقلع ضمن ارشه لا ان المراد تقويمه من حيث بقائه الذي هو غير مستحق له اصلاً ومن الغريب ملاحظة
كونه مستحقًا للقلع بالارش في ارشه مع انه لا يكاد يحصل له معنى بالنسبة الى قلع المالك له وبالجملة فالمراد ضمانه النقص
الحاصل من حيث القلع ان حصل من غير ملاحظة للبقاء بمعنى ان هذه الشجرة لما قلعت نقصت بسبب القلع عن حال قيامها
لا من حيث بقائها ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من كتب الاساطين فلاحظ وتأمل وكيف كان فكما يجب على المالك ارش
النقصان الحاصل بالقلع كذلك يجب على العامل ارش نقصان الارض وطم الحفر وقلع العروق المتخلفة من المقلوع ثم انه لم يفرق الاصحاب
كما في المسالك وغيرها في جميع ما سمعت بين العلم بالحكم والجهل به بل لعله لا فرق في ذلك وهو منزل لما قلناه سابقًا في المعاملات
الباطلة مع العلم بالفساد ولكن ثاني الشهيدين رجع عما ذكره هناك حيث انه لجماعة اعترف بما سمعت قال هنا ولا يبعد الفرق
بينهما فلا اجرة لصاحب الارض مع علمه ولا ارش لصاحب الغرس مع علمه اما الاول فللاذن في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم
استحقاقها واما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ثم قال ويمكن دفعه بان الاذن لما كان منحصرًا في الحصة او الاجرة
لم يكن الاذن من المالك متبرعًا فله الاجرة المثل لفساد المعاملة والغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصته معروفة فهو غير
ظالم فيكون مستحقًا للارش قلت وهو قريب لما ذكرنا سابقًا حتى انه ابنينا المعاملة على الضمان وان علما بفسادها
بعدم ترتيب ما تضمنه لكن مثل ذلك لا يقتضي بالتبرع كما هو واضح ولو كان الغرس من مالك الارض فله الاجرة عليه لفساد
المعاملة ولو ركب الغارس فيه نوعًا اخر كما في شجر التوت ونحوه فان كان المركب للغارس نفسه فنماؤه له مدة بقائه وعليه
اجرة تركيبه على الاصل الذي لصاحب الارض وله اذا التزم الارش على حسب ما مر ضرورة عدم الفرق في الغرس بين كونه
في ارض او في شجرة والله العالم وعلى كل حال فلو دفع مالك الارض القيمة للغارس ليكون
الغرس له لم يجبر الغارس للاصل وعموم تسلط الناس على اموالها وكذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض
على التبقية لما عرفت ايضًا وقاعدة لا ضرر ولا ضرار لا تقتضي الجبر في الافراد التي فيها هدم القواعد الشرعية

والله العالم

تمّ تمّ

تمّ

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب الوديعة واحدة الودائع قال الكاشاني على ما في الصحاح يقال اودعته مالاً اي
دفعته اليه يكون وديعة عنده واودعته ايضًا اذا دفع اليك مالاً يكون وديعة عندك فقبلتها وهو من الاضداد وكيف
كان فالنظر في هذا الكتاب يقع في ثلثة امور الاول العقد وهو لفظ يقتضي استنابة في الحفظ لكن يقع من
المعلوم ان الظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والاجارة ونحوها فيأتي البحث ح في انها اسماء للعقود او
للاثر لا ثارها وغاياتها المترتبة عليها او للمعنى الحاصل من الموجب وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا
وقد تقدم لك التحقيق في مكروات الاصح الاجزاء ان مرجع الجميع الى معنى واحد ثم قد ذكرنا هناك ان هذه الاسماء تحصل
بواسطة العقد وغيره فالبيع يحصل بالعقد وبغيره وهو المسمى فيعرفهم بالمعاطات والظاهر ان الاثر هنا كذلك للاجماع
ظاهرًا الاثر لا يعتقد قوله على تحقق الوديعة بالعقد والقطع من السيرة والصدق العرفي على تحققها ايضًا بغيره فلا يحصى

عن القول ح بتحققها بالعقد ويجري على نحو ما سمعته في البيع وان شئت سمه هنا معاطاة البيع كما ان الظاهر اصطلاح
اختصاص صحة العقد بالالفاظ دون الافعال والمركب منها ومن الاقوال نعم قد يظهر من جماعة بل قد يكون صريح بعضهم تحقق
العقد الجائز بالايجاب اللفظي والقبول الفعلي ولم نجد له شاهدا فان المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الايجاب القولي والقبول القولي
والفاظها المسماة بصيغ العقود لكن لا ينكر تحقق اسم الوديعة مثلا بالمركب منهما بل من الفعليين وذلك لا ينبغي تحقق العقد
وعلى كل حال ـــــــ فلا خلاف ممن يعتد به ولا اشكال في اعتبار معنى العقدية في الوديعة سواء كانت بالاقوال او الافعال
على حسب البيع والصلح والاجارة من العقود لا انها من الاذن والاباحة التي لم يلحظ فيها الربط بين العقدين والتيام الطرفين نحو
اباحة الطعام ونظر الثمرة في اموضعنا انفساخ الوديعة بفسخ المستودع نفسه وعزله ويجب عليه ايصال المال الى صاحبه فورا
والا كان ضامنا وليس له الرجوع الى الاستيداع بدون تجديد بخلاف الاذن فان له الرجوع اليها وان رفع يده عنها اولا لانه
ينفع بالنسبة اليها ولم يحصل ما يقتضي رفع الاذن الحاصل منها كما هو واضح ثم ان تعريف المصنف العقد بما سمعت فيه الايجاز نعم
هو تعريف للوديعة كما في قع لا عقدها الكلم الا ان يريد عقدا يفيد استنابة في الحفظ ولا يرد عليه انه ينبغي ضم القبول معه
وذلك لمعلومية الاستنابة والنيابة نحو تعريفهم بالنقل كما انه لا يرد عليه الوكالة على بيع شيء مثلا لكون المراد هنا الاستنابة ٢ البيع
بالذات بخلاف الوكالة التي يقصد فيها شيء آخر ويتبعه الحفظ لكونه امانة وعلى كل حال ـــــــ فلا اشكال
فانه يفتقر الى ايجاب وقبول كما في كل عقد بل قد عرفت ان ما هو كالمعاطات منها محتاج الى معنى الايجابية والقبولية التي يقصد
فيها الانشاء من الطرفين مع ربط رضا كل منهما وقصده بالآخر فضلا عن العقد ولكن ينبغي ان يعلم ان عقدها يقع بكل
عبارة دلت على معناه مجازا او حقيقة سواء في ذلك الايجاب والقبول وذلك للتوسع فيها عندهم بل قد تقدم لنا
بيان قوة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة فضلا عن الجائزة بل ذكر المصنف وغيره هنا انه يكفي الفعل الدال على وظاهر الاكتفاء
به في تحقق العقدية قالوا لكونه اصرح من اللفظ ويجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول لكن قد عرفت ما فيه
منه ذلك فاحتمل بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الايجاب قياسا على الوكالة التي لم يثبت فيها ذلك نعم لا باس بدعوى تحقق
الوديعة بالفعليين من الجانبين فضلا عن احدهما بناء على تحقق البيع ونحوه بذلك فضلا عنها لا تحقق العقد الذي
هو اصطلاحا المركب من الايجاب والقبول والامر هنا سهل لعدم ظهور فائدة بين المعاطات والعقد هنا لاشتراكهما
في الجواز مع انه يمكن ارادة المصنف الاكتفاء في تحقق الوديعة بذلك لا عقدها ثم اشار الى الايجاب الفعلي بقوله ولو طرح كما
ستسمعه مفصلا فيكون حاصله تحقق الوديعة بالعقد الذي يكفي في ايجابه وقبوله كل عبارة وتقع بالافعال من الجانبين
وبالمركب منهما وان لم يتم ذلك عقدا اصطلاحا فهو جيد وكيف ـــــــ كان فقال ولو طرح العين التي يريد جعلها وديعة
عنده قاصدا استيداعها لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها قولا ولا فعلا لعدم تحقق الوديعة التي لا اشكال في اعتبار القبول
او ما في معناه فيها سواء كانت عقدا او غيره مما في حكم المعاطات فلو تركها وذهب لم يكن عليه ضمان للاصل لكن في ذلك اثم
ان كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوبه من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج فيكون واجبا على الكفاية بل ربما قيل اما
ان قبلها له جرى عليها حكم الوديعة من وجوب الحفظ وغيره بل قد يحتمل من ذلك كلما مضى لو تركها والمالك حاضر فانه يعد
حكم كما في ك ان ذلك رد للوديعة فاورد بان تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك لا مسالة بقاء العقد وكون
المطلب اعم منه ما لم يعلم اليه قرائن تدل عليه وان كان نديا فتوضح بانه وان كان الذهاب اعم من ذلك الا ان الظاهر عدم ضمانه بالنفا
المزبور لعدم صدق التفريط فيها والاصل برائة الذمة ولعله المراد لا ضمان وانما يريد عدم انفساخ العقد بذلك ثم لا يخفى ظهور
العبارة المحكي مثلها عن ك والارشاد والتحرير والتذكرة وضة في تحقق الوديعة بالطرح المزبور مع القبول فعلا او قولا نعم لا دلالة

لا دلالة فيه على تحقق العقد بذلك فما في لك من انكار ذلك باعتبار ان وجوب الحفظ المترتب على القبول انما هو لكونه بسبب الوديعة
لا لانه متمكن بسبب التصرف في مال الغير لم يعلم ضرورة ظهور العبارة في تحقق الوديعة بالقبول ويتبعه وجوب الحفظ نعم لا
دلالة فيها على كون ذلك عقدا لما عرفت من تحققها بدونه على نحو معاطات البيع والصلح والاجارة وغيرها التي هي منها
على الاصح وان لم يكن عقد كما حققناه في محله هذا كله في الطرح بعنوان الاستيداع اما اذا كان بجهة غير ذلك فلا تحقق
الوديعة مع القبول قولا او فعلا لعدم تحقق ايجابها المتوقف عليه تأثير القبول وان وجب الحفظ في الثاني اذا كان قد قبضه
لعموم على اليد بل الظاهر وجوب ضمانه عليه لعدم تحقق الاذن له في قبضه ومما ذكرنا يظهر لك الحكم في جميع صور المقام وان
اطنب فيها في لك لكنه مع تشويش في جميع كلامه مع ان ما ظهر منه اعتبار التلفظ فيما يدل على ارادة الايداع من الطرح في تحقق
الوديعة ولا ريب في فساده ضرورة صدقها مع دلالة غيره من الاشارة المفهمة والكتابة وغيرهما ما لم يكن متحققا به
عقدها لكن يتحقق معاطاتها كما سمعته سابقا فلا حفظ فتامل جيدا فانه قد يحتمل في عبارة المتن الدلالة بيان عدم وجوب
الحفظ على المستودع وان حصل عقد الوديعة اذا لم يقبل قبضها لمعلومية عدم لزوم العقد كي يترتب عليه بعد حصوله
ذلك وربما يؤيد اطلاق لفظ الوديعة المقتضي لتحقق الوصف فيها باجراء عقدها فيما بينهما من ذلك فيقدح في اعتبار
القبض في ترتب احكام الوديعة من الحفظ وغيره بل الظاهر عدم وجوب القبض ولو شرطيا مع احتمال الفسخ كما ستسمع انه
في نظيره مما يتوقف في ضمانه القبض بدون الاذن من المالك وان حصل العقد بينهما مع احتمال الحصول الاذن منه
بالعقد لكن قد يشكل بناء على اشتراطه في الصحة بعدم اقتضاء ذلك وهو كالقبض في الهبة نعم لو قلنا بعدم كونه شرطا
في تلك الا بحر عدم الاذن فيه ولم احد تحريره في كلام احد لذلك وربما يأتي له تتمة عند قوله واذا استودع الخ وكذا لو اكره المودع
المستودع على قبضها وديعة لم تصر وديعة بذلك لمعلومية اعتبار الاختيار في قبولها ح فلا يضمنها لو اهمل
حفظها نعم لو رضي بذلك بعد الاكراه على وجه الاجازة للاول صارت وديعة بناء على تأثير اجازة المكره لانه رضا به
ووضع يده المتجددين يكون قبولا جديدا باعتبار عدم مقارنة هذا القبول للايجاب كما في ك وان كان هو ممكنا ايضا لكن ٢ اعتبار ص
مع قصده لا مع حصول الرضا بما وقع سابقا على نحو بيع المكره ونحوه ونظير الثمرة في الضمان بالتفريط السابق ونحو بل
تدرك بعدم صحته حتى مع القصد المزبور وذلك لان العقد لا بد فيه حصول الارتباط فيه بين الايجاب والقبول اما ان
يجاز فيصح او لا فيبطل واما ايجابه ولا يجدي القبول المتجدد وعلى كل حال ـــــــ فمما ذكرنا يظهر لك ما في لك
حيث قال يجب تقييد ما في المتن بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختارا فانه ح يجب عليه الحفظ لليد الجديدة وان لم
يجب بالاكراه وهل يصير بذلك وديعة ام امانة شرعية يحتمل الاول لان المالك كان قد اذن له واستنابه في الحفظ غايته انه لم
يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الآن والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة والغاء التابع
ما وقع سابقا لانه يترتب عليه الخ ويشكل بان الغائه بالنظر الى القابض لا بالنظر الى المالك ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا
بنية الاستيداع وعدمه فيمضي على الثاني دون الاول اعطاء لكل واحد حكم الاصلي مضافا الى ما في ذيل كلامه مما يظهر منه
كون المرتضى الا بعد مضي يده جديدة بعد زوال الاكراه ومن المعلوم عدم تحقق الوديعة بذلك لما علمت من اعتبار القبول
فيها وهو غير متحقق بذلك قطعا بل ومنافيه ما في الرياض الذي تتبع فيه لك بل ظاهره الحكم بالضمان باليد الجديدة حتى لو
قلنا بكونه وديعة قال فيه وكذا لو اكره على القبض لم يضمن مطلقا الا مع الاتلاف او وضع يده عليه بعد ذلك مختارا فيضمن ح لعموم ٢ بعدام
الخبر المتقدم وهل يصير بذلك ح وديعة لا يجب ردها الا مع طلب المالك او من مقامه او امانة شرعية يجب ايصالها الى المستحق فورا ٢ يقوم م
وبدونه يضمن وجهان لم يذكر ما سمعته من لك من الاحتمال الى الثاني والاول للخ من وجه كان الثاني اوجه اه وكانه مما فلكه

سابقًا من عدم الضمان حتى على تقدير كونه وديعة فلاحظ وتأمل بل مما ذكرنا يظهر لك الحكم ايضا فيما لو كان المودع والمستودع مكرهين
وان وجب على المستودع ح الحفظ باعتبار استيلاء اليد لا لكونها وديعة كما هو واضح بل قد يق بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثية حتى في
صورة اكراه المستودع او المودع خصوصا مع كون المالك اجنبيا سيما مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البر والتقوى جيدا والله
العالم واما استودع وقبل ذلك وجب عليه الحفظ بلا خلاف اجده بل يمكن تحصيل الاجماع عليه مع ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتابا
وعقلا وسنة متواترة واجماعا بقسميه كوجوب اداء الامانة وردها الى مالكها الذي لا ريب في كون الحفظ مقدمة له ولا ينافي ذلك
جواز الوديعة فان المراد ما دام مستودعا او التخيير بينه وبين الرد الى المالك اما الحفظ الى حصول الرد فانما الكلام فيما في ذلك من ان
قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع فانه يجب على كل قادر عليها واثق
بالحفظ بتعرضها منه كفاية ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب وفي هذين الفرضين وجوب الحفظ واضح وقد يكون مستحبا
مع قدرته وثقته من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة على البر التداخل في مراتب الاقرب الى الاستحباب وقضاء
حوائج الاخوان وقد يكون محرما كما اذا كان عاجزا عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانة لما فيه من التعرض للتزلزل في مال الغير وهو
محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه
وفيه ان الحفظ الى ان يرده على المالك على كل حال ———— واجب حتى في صورة الحرمة التي تقتضي فساد عقد الوديعة
باعتبار كونها لامر خارج مع انه قد ينافي ما اصل الوجوب فيما فرضه للامانة من آثار الذمة من وجوب حفظ مال الغير كما انه قد
ينافي في الحرمة في صورة عدم الوثوق بنفسه ضرورة تكليفه بعدم الخيانة كما هو واضح والله العالم وكيف كان فلا يلزمه اي المستودع
دركها لو تلفت من غير تفريط تعد فيها ولا تفريط او اخذت منه قهرا بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى الاصل
وقاعدة الائتمان المعلوم من الكتاب والسنة والاجماع والعقل وعدم استتباعها الضمان نعم لو كان هو الساعي في اخذها تماما منه توجه
الضمان ح لصدق الخيانة والتفريط معه بلا تأمل من في المحققين الضمان بمجرد اخباره بها وان لم يكن على وجه السعاية ومن اخذ ذلك
ايضا ما اخبار اللصوص لم يعين لهم مكانها الا انا صادفنا اللص مطلقة حلافا للمحكي عنه فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان بخلاف
ما انا فيه والتحقيق الحكم به لاية قمة الامين وخصوصا الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان ولو للشك في الاندراج تحتها
جعلوه عنوانا له من التعدي والتفريط والتضييع ونحوها الا ان عموم على اليد لخصوصية قاعدة الائتمان وبذلك ح يظهر لك
المعيار الذي ترجع اليه في جميع هذه الافراد وهو اللازم للفقيه تحرير للخصوصيات الجزئيات التي لا انضباط لمنضبطاتها الخالية وغيرها
من لا فرق بينه في الاخذ قهرا بين ان يتولى اخذها من يده او بين ان يامره بدفعها اليه بنفسه بدفعها له كرها لصدق الاكراه وعدم
التفريط فيهما ولا ضمان عليه فيهما واما ضمان المال على الظالم فليس للمالك ح مطالبته بوجه وما في الاشهر بل المشهور وخلافا للمحكي عن
ابي الصلاح وابي المكارم والفاضل في كرة وعن التحرير من جواز رجوع المالك عليه مباشرته التسليم بنفسه الى من امره الظالم لانه باشر تسليم
مال الغير اليه فيشمله عموم على اليد وان كان قرار الضمان على الظالم الا انه كما ترى مناف لاطلاق ما دل على عدم ضمانه ما عرفت بل وعدم
الاحسان ونحوها الذي قد عرفت الحكم بها على قاعدة اليد اللهم الا ان يق انه لا اثم في رجوعه لو امره بمباشرة اتلافه بنفسه ولو على جهة
الانتفاع به لقاعدة الاتلاف فانها لم يثبت تخصيصها بقاعدة الائتمان نعم من جهة قوة السبب هنا على المباشر كان قرار الضمان عليه
لا الاصل جواز الرجوع وما عساه يق ايضا بانه مناف لقاعدة عدم ضمان الامين بغير التعدي والتفريط وخصوصا الوديعة قال زرارة
في الصحيح سئلت ابا عبد الله عن وديعة الذهب والفضة قال فقال كلما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم بناء على ارادة
غير المشروط ضمانها فقوله مضمونة اي الاثم منه ومن التعدي والتفريط يدفعه ان ذلك كله منزل على التلف في غير الفرض وهو الرجوع من قوة
وهو ذلك يظهر ح قوة قول الفاضل بناء على ان تسليمها الى الظالم من اقسام الاتلاف فانه تلف ولو على كل حال ———— فتفطن

فقد ظهر لك الوجه في عدم الضمان بالاخذ منه قهرا نعم لو تمكن من الدفع اللائق به وجب بلا خلاف اجده لانه مقدمة للحفظ المامور به
على جهة الاطلاق وح لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ضمن لانه تفريط ح وكذا لو امكن الدفع ببعضها فلم يفعل لكن الظاهر ضمانه ما يزيد
على ما يندفع به منها لا الجميع وان احتمل التفريط الا انه واضح الضعف لان مقدار المدفوع واجب على التقديرين وما في الرياض من
الفرق بينهما الكونه بامر الشارع على الاول وبدونه على الثاني وهو فرق واضح وانه هي الا كما لو فرطنا فتلف بعضه وقالوا فيها ايضا
مع انهما ذاهبة على التقديرين فكما يدفعه انها عند التلف كالوديعتين التي امر الظالم اخذهما وكان يمكن دفعه باعطاء احدهما فلم يفعل
فانه لا ريب في ضمانه الثانية فان الاولى ذاهبة على كل حال منضمة الى الاخرى او مستقلة فالتفريط ح في الثانية لا فيهما معا كما هو
واضح ولو توقف الدفع على بذل شيء من ماله فلا اثم في جوازه بل في مع انه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به
على المالك وربما مال اليه في الرياض لوجوب الحفظ فيجب ما لا يتم الا به والضرر مندفع بتنبيه الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من
استيذانه او وليه لما تسمعه اقف في النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهة الاطلاق وانحصر به في ذلك اللهم الا ان يكون اجماعا
ولم نتحققه والامر باداء الامانة بواسطة عدم الخيانة كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه فتوجه بالنسبة الى المال الواجب شرطا للاكراه ولو
سلم فالمتجه وجوب بذل ما لا يضر بحاله من المال كغيره من تكاليفه المطلقة ولا يرجع به على المالك لان دفعه ح مقدمة للامتثال كلفه نحو
غيره من الاعمال التي يفعلها مقدمة للحفظ ولا يرجع باجرة المثل في شيء منها نعم لو فرض الضرر الكثير لم يجب عليه لسقوط باب المقدمة كلها
فيها الضرر مع امكان القول حاله فاعل بالدفع بنية الرجوع مع عدم التمكن من استيذان المالك لكونه ثباتا ح بالنسبة الى ذلك ولو التمكن
من الحاكم بقيام مقام التمكن منه وجهان اجودهما الاول وكيف ———— كان فلا خلاف ولا اشكال في انه لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع
كالجرح واخذ المال الجزيل الذي لا يرجع به على المالك ونحوها مما يختلف باختلاف الاشخاص شرفا وضعة ونحوهما الا ان ما سمعته من
من المقام من كون مطلق اخذ المال العوان قل او كثر واضح المنع والا لسقط في غير هذه المقدمة وهو معلوم العدم نعم قد عرفت
امكان القول بانه لم يثبت وجوب الحفظ على الاطلاق بحيث يشمل بذل المال والامر باداء الامانة الذي هو بمعنى عدم خيانتها
لا يقتضي ذلك اللهم الا ان يكون مستنده الاجماع الذي قد عرفته سابقا ولكن يتجه ح تقييد المال بكونه مضرا بالحال بل لو قلنا
باندفاع ضرره بالرجوع على المالك وجب ح دفع الكثير منه هنا وفي ذلك ثم ان كان المعلوم الذي لا يندفع عنها بدونه تقديرها وجب بذله
قطعا لانتفاء الفائدة لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع بجملته لان الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذلها لها فدرها كبذلها وعدمه
لان القدر المأذون فيه شرعا ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو ها هنا منتف فلا يكون شرعيا وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع
بجميعه لما ذكر ويجزيه منه لمقصودنا وترتب الفائدة اذ الغرض عدم امكان ما قصر عنه فيبعد كونه يرجع بمقدارها فيبقى ما زاد عليها
منه ولا يرجع لبني اشكل تماثيا ويا فان من المأذون في المبادي انما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه لا جميع المبذول الا انه في
هذا الحكم على بني فينبغي تحريره قلت قيل ان الوديعة ان كانت عينا كفرس وكتاب ونحوهما مما يتعلق غرض المودع بها عينها فلا
ريب ان المتجه جواز الرجوع بما بذله تمام القيمة اما ان لم يكن كذلك فلعل المدار على عدم المفسدة على المودع لاعتبار المصلحة فيرجع
ح على التقديرين بتمام ما بذل وان كان مستوعبا ولو توقف حفظها على الكذب جاز بل وجب والا كان ضامنا نعم لو تمكن من التورية
المخرجة له عن الكذب عند المخاطب وجبت لتمكنه من امتثال التكليفين والا وري بما يخرج به عنه في نفسه بان يقصد نفي الوديعة
مثلا يوم كذا او في مكان كذا بل لو انكرها فطولب باليمين فله ان يحلف ولو بالبراءة او يمين الصادق بل وجب فان لم يفعل ضمن ولكن
يحلف موريا بما يخرج عن الكذب على الوجه الذي عرفته مع الامكان لعدم حرمته ح فلا اثم فيه من اصله ضرورة تنصله بالمقدمة وجوبه
لا اثر في هذا المقام محرم جاز للمقدمة ولكن ذلك هو الحجة في انتصارهم على الكذب دون غيره من المحرمات فانه يمكن للعلوم سقوط
مقدمة كل واجب مع فرض توقفها على المحرم وخصوصا اذا كان محرما اصليا والمعارض له واجب فقد تقي كما هو واضح ومن هنا لم يذكر اباحة

غير من المحرمات مع توقف حفظ الوديعة عليها فان جميع ذلك سواء كان متعلقاً بالخالق ام المخلوق وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انها
حتى الوديعة عقد جائز من طرفيه بل الاجماع بقسميه عليه وهو الحجة في تخصيص الآية وغيرها مما دل على اللزوم وح فيبطل بموت كل واحد
منهما او جنونه او اغمائه ونحو ذلك مما يخرج به عن ملكه او ولايته عنه كما هو الشأن في غيرها من العقود الجائزة للاجماع ولانه
بالموت ينتقل المال عن المودع كما انه لا عقد مع وارث الودعي فلا يجري عليها حكم الوديعة وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل الولاية
تصرفها الى غيره ولا عقد مع غير الودعي فلما كان الاهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة وعلى كل حال
مع البطلان تكون العين ح في يد الودعي او في يد من وضع يده عليها بحسبه امانة شرعية لعدم اذن المالك الفعلي وحصول الاذن
من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليها للودعي حسب وح يلحقها حكم غيرها من الامانات الشرعية من وجوب ردها الى مالكها او ولي
امرها او الاعلام على القول به فوراً على وجه لا يعذر شرعاً ضمن ولم يبق لها شيء من احكام الوديعة حتى قبول قوله لصاحبها في
ردها فانه لا يقبل لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة نعم لو كان تأخيرها مثلاً في صورة موت المودع لعدم العلم بانحصار الوارث
المعلوم كونه وارثاً او للشك في كونه وارثاً ولم يكن حاكم يرجع اليه فذلك الاقوى عدم الضمان لانه لم تعد به وانما لم تعلم
استحقاق جميع المال ما نعلم بكونه مستحقاً في الجملة لا يقتضي انحصار الحق فيه واصالة عدم وارث آخر معارض بالاصل المذكور
فيبقى الحكم في القابض ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق ومثله يأتي فيما لو علم الوارث زيد فانه لا يعلم بتسليم
جميع المتروك اليه الا بعد البحث حتى لو ادعى انحصار حق الارث في المذكور مع الجهل فوجهان تمكينه من دفعه اليه او جهان من اعترافه بانحصار
الحق فيه فيلزم بالدفع اليه ومن انه اقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه الى ان قال ولو اخر تسليم الوديعة الى الوارث
ليبحث عن وصية الميت او اقراره بدين ونحوه فالاقرب الضمان للاصالة عدمه بخلاف الوارث لكنه كما ترى خصوصاً ما ذكره في الاول
الذي لا ريب في حجية على المقر الذي هو مخاطب بايصال المال والبحث فيه او في سابقه مع عدم حصول العلم به لا بجهل الاصل
حجة والامتناع بعده يقتضي تعطيل المال عن مستحقه نعم والبحث دفعاً للضرر الغرامة عن نفسه لا لمعارضة اصالة عدم وارث
اخر باصالة عدم استحقاق الجميع ضرورة وروده عليه وانقطاعه به على انه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث واحتمال الوصية
الذي ذكره اخيراً من المدارك المدرك ح ما عرفت ولا عبرة بالاحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح والله العالم ويحفظ
الوديعة بما جرت العادة بحفظها به كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح او ما يجري مجرى ذلك في الحرز لمثلها
في العادة كما هو الضابط في كل ما لم يحده في الشرع الذي منه ما نحن فيه ضرورة كون الوديعة على وجه لا يعد الودعي مضيعاً ومفرطاً
وخائناً وجهه متعقباً للامر بما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلها عند الودعي او لا لان العلم بالعدم لا يقتضي الاذن في
الوضع بغير حرزها بل عليه تحصيل الحرز لها مقدمة للحفظ الواجب عليه نعم الظاهر اختلافه باختلاف الازمنة والامكنة كاستيداع الثياب
في البادية عند اهلها ونحو ذلك كما انه من المعلوم ارادة الحفظ لها في الاماكن المخصوصة اذا فرض كونها حرزاً في العادة فلا يكون الصندوق
المتروك بنفسه بين غيره بل هو لا يكفي اذا كان في بيت لك مع فرض عدم كونه حرزاً في نفسه بقفل ونحوه مثلها فلا يصح سقي الدابة
ولا حيوان محترم خصوصاً الادمي وعلفها بلا خلاف ولا اشكال بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بمعنى عرض ذلك عليها على حسب العادة
لانه من مقدمات الحفظ المأمور به امر المالك بذلك ام لم يأمر كغيره من المقدمات المتعلقة بالوديعة من حيث كونها وديعة
فلو قصر ح في شيء من ذلك ضمن للتفريط بالهلاك وان عاد الى القيام بما كانت حقيقة وجوب بذل عين النفقة من
المال المحتاج الى الحيثية ما لعلك تقف من الاصحاب المفروغية من وجوب بذلها عليه كما في تلك وغيرها بل يحكى عن بعضهم الاجماع عليه تارة
ونفيه عنه اخرى ولعلك تقف من الاصحاب لكن على هذا الترتيب وهو التوصل الى ذلك فاستيذانه المالك او وكيله فان
تعذر رفع امره الى الحاكم ليأمره ان شاء او يستدين عليه او يبيع بعضه للنفقة او ينصب امينا عليه فان تعذر الحاكم انفق

٢ له الرويم

٣ استنابة في الحفظ ولكن في الشرع حد مخصوص ولا منا صص التسيح فيه الى العادة في حفظ مثل هذه الوديعة صح

٢ لعام

انفق هو واشهد عليه ويرجع مع نيته ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع والقول قوله في مقدار النفقة كما انه القول
قول المالك في مقدارها ونحوها مما هو من اعتبار الاشهاد في وجوب الرجوع وعدمه تقدم في باب المزارعة هذا كله في الحيوان
اما الذي يفتقر الى السقي ونحوه من الخدمة وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء للمرض ونحوه بل في كثير من الكتب
من حيل الوديعة فيضمن ح مع التقصير فيها لانه ان لم يكن اجماعاً امكن المناقشة فيه بعدم اقتضاء اطلاق الوديعة الحفظ بنحو ذلك
وكونه حيواناً محترماً لا يسوغ اتلافه بغير الوجه المأذون فيه لا يقتضي ترتب الضمان المتوقف على التعدي والتفريط في الوديعة
من حيث كونها وديعة على التقصير فيها اقتضاه اطلاق عقدها لا التقصير في الحكم الشرعي الثابت وان لم يكن ودعياً على انه للنهي فيها
سمعته من ذلك من الحاق الشيء الذي هو ليس بذي نفس محترمة محترم ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال في نفسه على المالك وغيره الا انه
لا يقتضي الضمان مع التقصير فيه ضرورة عدم كون الحفظ من جهته من مقتضى اطلاق عقدها اللهم الا ان يعد التقصير فيه باعتبار
كون المال في يده خيانة وانه هو المتلف للمال لكنه كما ترى وعلى كل حال فيجوز ان يسقيها بنفسه وبغلامه
اتباعاً للعادة القائمة مقام اذن المالك فيه مع صدق التعدي والتفريط وليس هو من ايداع الوديعة غيره عرفاً كما هو واضح
لكن في ذلك ان مقتضى العادة جواز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده فيطلع على قيامه بما يجب او مع كونه امينا
والا لم يجز ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه فلو توقف سقيها على اخراجها ولم يكن امينا فلا بد من مصاحبته
في الطريق وانما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك والاولى في ذلك كله تبين الغلام ونحوه ممن يستنيبه المستودع وعبارة اللمعة
لا تنافي ما قيدنا لان انه يجوز الا تولي الثقة وهو اعم من كونه مع ذلك خدماً للمستودع وعدمه والعام لا يدل على الخاص فيمكن
تخصيصه اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود بما اطبقوا عليه من عدم جواز ايداع الودعي مع الامكان وهذا في معناه وتما
قيل بان ذلك فيمكن مباشرته لذلك الفعل عادة اما ما لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان وهو ضعيف وفيه
ان ذلك لا يعد ايداعاً بل هو قيام بالعمل الذي يلزم الودعي الذي لا يجب عليه مباشرته فيما دلت القرائن على مباشرة غيره له ونحو
شأنه او عجزه او نحو ذلك وخصوصاً فيما قضت به العادة فيما هو ليس بتعد ولا تفريط ومنه يعلم ما في قول اللمعة ولا يجوز
اخراجها من منزله لذلك الا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها او علفها في منزله او شبه ذلك من الاعذار ضرورة عدم الفرق بين
ذلك وبين ما تقدم مع فرض قضاء العادة به ولم يكن ثم ما يقتضي التفريط بها ومن الغريب انه في الروضة وافق هنا على ذلك
مع انه قد سمعت منه ما مضى فانه بعد ان ذكر هنا عدم الفرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق امنا وعدمه
لان الفعل تصرف فيها وهو غير جائز مع امكان تركه وعدم الفرق بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه لما ذكر
وعدم الفرق بين كونه متولياً لذلك بنفسه وغلامه مع صحبته له وعدمه لاتحاد العلة في الجميع قال لكن يستقرب في كرة عدم الضمان
لو اخرجها مع امن الطريق وان امكن سقيها في موضعها محتجاً باطراد العادة بذلك وهو حسن مع اطرادها بذلك لا مطلقاً
ثم انه لا يخفى عليك ما في اطلاق الجواز للضرورة وان كان الطريق مخوفاً الذي وجهه كون ذلك من ضروريات الحيوان فالضرر
اللاحق بتركها اقوى من خطر الطريق فانه قد يشكل في بعض الصور بما اذا امكن التأخير الى وقت اخر اقل خطراً او خطرها من اخراجها
حين الحاجة ونحو ذلك فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة اقل الضررين اللهم الا ان يريد بعدم ارادة هذه الصورة من اطلاق
المذكور والامر سهل بعد وضوح الحال لك في اصل المسألة وهو ان المدار في حفظها على المعتاد الذي لا يعد عرفاً
مع مراعاته مفرطاً او متعدياً بل قد سمعت قيام العادة مقام الاذن من المالك في ذلك والله العالم ولو قال المالك لا تعلفها
ولا تسقها لم يجز القبول لكونه ذا كبد حرى ونفس محترمة وواجب النفقة على المالك بل يجب سقيها وعلفها مراعاة لحق الله تعالى نعم
شأنه وان اسقط الاذن حقه بل مع امتناع المالك ودفع الامر الى الحاكم وامره بالنفقة من ماله يتجه الرجوع له عليه وكذا لو كان

٣ نسخة كان المستودع حاضراً عنده ام غائباً ونسخة كان الغلام امينا ام لا والا [illegible] ونحو ذلك جائز هنا فلا يجوز تولي الغلام صح

٢ فيمن م

بامر عدول المؤمنين او بدونه مع الاشهاد او بدونه مع نية الرجوع على حسب ما تقدم سابقاً نعم لو اخلّ بذلك والحال هذه اثم ولم
يضمن لان المالك اسقط الضمان بنصبه كالوديعة بالقاء مال في البحر خلافاً للبعض فاجرى حكم الوديعة مع انتفاء نقله له
غيره حتى في غير الحيوان الا انه لا اثر له للاصل بعد انتفاء دليل الضمان الى غيره وخصوصاً فيما لو كانت الوديعة غير حيوان كغصن
ونباته ونحوهما بل في ذلك الاقوى عدم وجوب حفظه فضلاً عن عدم الضمان لان حفظ المال انما يجب على مالكه لا على غيره واما وجوب
الانفاق في الحيوان لكونه ذا روح منهياً عن التقصير في حقه فيجب دفع الم عنه بما يبقى اثم فالاصل صحة الوديعة على هذا الوجه المتقدم
سفاهة المالك فيجبر المالك في يده امانة شرعية يجب ردها الى المالك او وليه اللهم الا ان يفرض في حقه لا سفه فيه او تبق ان
السفه لا يؤثر فيما لا بدون حجر الحاكم ثم قد يقال ان الاثم في التقصير الوديعة المأذون فيها بالتفريط او في شيء خاص كما انه
قد يقال بوجوب حفظ ما في يده المال عليه وان اذن المالك بالتلف كما اشرنا اليه سابقاً والله العالم ولو عين له موضع
الاحتفاظ اقتصر عليه لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ومنه فهم ارادة المثال قاطعة ولو بقرينة ظاهرة كون
الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع والركبة ونحوهما في المزارعة والاجارة اما اذا لم يعلم ذلك فالاقوى الضمان حتى في
النقل الى الاحرز فضلاً عن المساوي سواء علم ارادة الخصوصية منه او اطلق ولم يذكر قرينة على الارادة المزبورة لتحقق المخالفة
ح اللهم الا ان يقال ان الايداع كان يقتضي التخيير في افراد الحرز وتعيين موضع الاحتفاظ انما يقتضي عدم الاذن في الادون اما
يبقى على مقتضى الاطلاق الاول لم يتقيد بالتعيين المذكور لعدم فرض عدم ظهوره في ارادة التقييد نعم لو فرض حصول الايداع تمكان
بتعيين موضع الاحتفاظ لم يخرج الا مقتصراً عليه ما لم يظهر ارادة المثال ودعوى حصول مفهوم الموافقة في الاحرز واضحة المنع
مع انه تدفع ذلك ايضاً بدعوى ظهور التقييد بتعيين موضع الاحتفاظ لا في غير ما اراد المطلق والمقيد ولعله لذا جزم في
لك بعدم جواز التخطي في الفرض حتى الى الاحرز بل حكاه جماعة منهم الشهيد في حاشيته على عد بل احتمل في النسبة الى القول التي
في المتن والقواعد المشهور بالقول لتوقف دعوى القول الاخر بخلافه رجوعهما اليها معاً الا لحصوص الاخر بل في المفتاح نسبته الى
ظ النهاية والتبصرة وموضع من التذكرة والغنية وصريح النافع والكركي والاردبيلي وميل التحرير وايضاح فع وبذلك يظهر
ما في دعوى الاجماع على الجواز في الاحرز وان الخلاف انما هو في المساوي دون الاحرز وعلى كل حال فلا ريب
في انه متجه بناء على ان ذلك من موضوع الاطلاق والتقييد كما يشهد له تعليله وغيره فلا يجوز نقلها الى ما دونه ولو كانت
حرزاً الا مع الخوف مع ابقائها فيه بل في لك الاجماع على عدم جواز نقلها الى ما دونه معاً لكونه الا لغرض التقييد من التعيين المزبور
ولا ريب في عدم الفرق بين ما دونه وما فوقه مع فرض عدم قرينة تدل على ذلك كما انه لا اثم في ظهور ذلك حال كونه حرزاً لمثلها
اتباع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تقييد للاطلاق ح يجوز نقلها الى غيره وان كان ادون مع فرض كونه حرزاً بل مقتضى الحلاق
المثلية وغيرها جواز النقل اليه وان تمكن من المساوي والاحرز ولعل وجهه ح بقاء الاطلاق على حاله في الفرض وهو يقتضي التخيير
المذكور خلافاً لثاني الشهيدين فاوجب المساوي فما فوق مع التمكن والا فالادون مع ان منه عدم ظهور المثال في التعيين
المزبور وكيف كان فالمتجه عدم الضمان حيث يجوز له النقل سواء تلف بالنقل ام بغيره لما عرفت من ان مبنى الجواز
حصول الاذن من المودع وهو يقتضي عدم الضمان فما عن بعض من الحكم بالضمان مع جواز النقل الى الاحرز والمساوي وعدم
الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام مثلاً وغيره فيضمن في الاول دون الثاني لا يخفى ما فيه ولعل وجه الاول ان جواز النقل اليهما
انما هو من الطرق التقديرية اي يجوز الاقدام ولكن لا يرتفع الضمان الحاصل من المخالفة ما لم يكن بان يعتقد انتفاء الضمان معه وان جاز
النقل اليه من اين يعدم ظهور الخطاء في كونه مساوياً او احرز مع فرض ظهور عدمه بالانهدام لتحقق الضمان اما التلف فيه فلم يتبين
ظهور الخطاء الا ان الجميع كما ترى وعلى كل حال فتعيان ذلك مما ذكرنا انه لو قال لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف

كيف كان او امر ذا لتحقق التعدي فيها ح بالمخالفة للنهي المقتضي عدم جواز ذلك له الا الان بخاف تلفها فيه فيجوز له ح النقل
حتى الى المساوي والاحرز والادون ما لا دونه كان كذلك او الى حرز مثلها مطلقاً كما هو الاقوى على ما عرفته سابقاً في نظيره وعلى كل حال
يجب ذلك له ولو كان قد قال لا تنقلها من هذا المكان وان تلفت فيه لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي بل
حرم عليه اضاعة المال واتلافه في غير وجه من ذلك النهي عن التبذير وعن تمكين السفهاء من الاموال التي جعلها لنا قواماً ولكن لا
يخفى عليك عدم بقاء ح في يده وديعة بل هي امانة شرعية لعدم الاستنابة من المالك فهو ذلك فيضمن ح بعدم الرد الى
المالك او وليه فوراً ولا علام كما انه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه وانما هو جائز له لما في لك من وجوب النقل لان الحفظ واجب عليه
ولا يتم الا بالنقل وللنهي عن اضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان تلفت لكن هنا لو ترك نقلها اثم ولا ضمان
لاسقاط المالك له عنه كما مر لا يخفى ما فيه بناء على انه بناه على بقاء حكم الوديعة ولذا وجب الحفظ ضرورة امتناع ان الامر منه
مع قطع النظر عنها الذي هو ان سلم فعل المالك لا يلزم ضرورة عدم الاذن من المالك في ذلك بل الفرض نهيه وربما قيل ان وجهه دعوى كون
المراد للمالك بالنهي المزبور الاستظهار في حفظه بزعم كون المكان المزبور له احرز الا انه بان حفظها اولحق ما مانهاه
الذي هو في الحقيقة مقيد ببقاء ذلك المكان حرزاً له وفيه ان للنتيجة على هذا التقدير ضماناً بعدم النقل مع الخوف للتوسط كما عن
الشيخ في ط مع انك قد عرفت تصريحه بعدمه وان انه لم تبق ان عدم ضمانه بذلك للاصل المقتضي خلافه على التفريط الذي
ابأمر المالك به واما الاثم بعدم النقل فباعتبار وجوب حفظها فيه من مال الغير عليه وحرمة اضاعته عليه وان قلنا بعدم وجوب
حفظ مال الغير الذي لم يكن في يده عليه وهذا الوجوب والحرمة لا يستعقب ضماناً وانما هو حرمة شرعية نحو الحرمة على المالك هنا
كذا بناء على سقوط حرمة نهي المالك في الفرض ونحوها بناء على عموم تسلط الناس على اموالهم ولنفي حرمة السفه والتبذير مع فرض
احتمال غرض معتد به في ذلك الوقت تخفيه وخصوصاً مع حضوره في البلد امكان مراجعته او مراجعة الحاكم او عدول المؤمنين
وبعد التسليم فمن تصديقه بحصول ما يقتضي جواز مخالفة النهي او وجوبه وجهان لا يخفى ما فيهما من قوة لعدم البينة على المدعي بعد
الشك انه لم يكن القول فالدرج تحت الامين المصدق في ذلك فلا يتجه الحكم بضمانه حتى تقوم البينة على حصوله بل قد يحتمل
الضمان مع قيامها ايضاً كما في حمل مال المقبوض بلا اذن من المالك فضلاً عن النهي وان كان حلاف المتن ما بينا من تعرضه لعدم على
ما الحسبة والاحسان يجوز له الاقدام ولا يرتفع الضمان الحاصل من خطاب الوضع ونفي السبيل على المحسن انما هو بالنسبة
الى ما فعله من الاحسان فلم يكن الاعتراض عليه في ذلك ولعله عليه يبني ما عن كرة من انه لو نقلها الى غير المعين وتعذر النقل
اليه على اجرة لا يرجع بها لانه متبرع بها ومستحسنه في لك لكنه احتمل ايضاً مع ذلك الرجوع مع نيته لان الشارع اذن له في ذلك
على اذن المالك ولانه فيه جمعاً بين الحقين مع مراعات حق الله تعالى في امتثال امره بحفظ المال ولعله لا يخ من وجه لو كان باذن الحاكم
او عدول المؤمنين والله العالم ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون لاعتبار الكمال في طرفي عقدها كغيرها من العقود بلا خلاف
بل الاجماع بقسميه عليه من غير فرق بين ما ليهما وغيرها ودعوى الاذن منهما وعدمها بل لا تصح حتى لو علم الاذن لهما القصد وعبارتهما عنه شرعاً
العقد كما هو واضح نعم لو علم الاذن اكتفى في الوديعة ح بفعل المرسل لهما فايتيها بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فيها لعدم اعتبار مقارنة
القبول فيها للايجاب والا فالمسئلة عقد الوديعة عنهما ومن يجرها باطل ولا يجوز وضع اليد عليهما بل يضمن القابض بذلك منهما
لعموم على اليد ما اخذت وغيره ولا يبرأ بردّه اليهما للحجر عليهما بل الى وليهما الخاص او العام مع تعذره بل مقتضى اطلاق الاصحاب
وغير ذلك وان كان قد فعل ذلك حسبة للخوف من التلف وغيره ويحتمل وهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً من ان الاحسان لا يرفع
الضمان لكن في لك وغيره الاقوى انه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن وما على المحسنين
من سبيل لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك فان تعذر قبضها وترتب الحكم وفيه ما عرفت هذا كله في الوديعة منهما واما لو استودعا

نحكم فى المقام بل لم يضمنا بالاهمال وفاقا للمشكلات المدفع لها فى الحقيقة هو المتلف للمال بايداعه مثلهما الذى لم يجب عليهما
الحفظ واداء الامانة فسببه فى الاتلاف اقوى من تفريطهما فيه ولا دليل على ضمانهما بذلك بعد فرض تسلطهم على اليد ما اخذت
حتى تؤدى فى المتلف دونهما نعم لو اتلفا المال مباشرة باكل ونحوه او تسبيبا باحراق ونحوه اتجه ضمانهما كما فى ذلك وغيرها قال العمة
من اتلف اتلاف مال المكلف وغيره فيضمنه من ماله ان كان والا فبعد بلوغه ويعد التكليف وفيه اولا انه ان الشيء يتعين
المباشر وهو كالحيوان بالجنون وعدم التمييز والبلوغ ولذا يحكى عن بعضهم عدم الضمان مطلقا وثانيا ان قوله على اليد يتضمن
خطاب الوضع الشامل للمكلف وغيره من حيث تسبيب الضمان وان وجب الاداء بعد البلوغ ولعله على انما يلحقهما الاثبات
فى القسمة لا التقييد موضوع ذلك من الاتلاف مطلقا نعم ربما فرق بين المميز وغيره فحكم بضمان الاول دون الثانى الملحق بالمجنون
لعدم قصدهما الى الاتلاف فكان كالدابة لكن نظر فيه فى ذلك بان المقتضى وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اما
القصد فلا مدخلية له فى الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره واما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لا على الاتلاف غاية ما فى الباب
انه عرض ماله للتلف بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ وهو غير كاف فى سقوط الضمان عنهما نعم لو باشره بحيث فعلوه كان الحفظ الا قوى
الضمان مطلقا قلت لا يخفى ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه والتحقيق ان اليد بعد ان كانت شرعية من اسباب الضمان قطعا من غير
فرق بين المكلف وغيره فلو اودع صبى صبيا او مجنونا او مجنون صبيا او مجنونا فتلف فى يده كان ضامنا لذلك والفرق بينها
وبين الدابة ان لهما ذمة وملكا دونها بخلافها وان فرق فى اسباب الوضع بين ذلك وبين الجنابة والحدث وغيرهما نعم فى
الفرض قد يتوقف ضمانهما بالاهمال لا لعدم ضمانهما باليد بل من حيث حصول التلف للمال بسبب احترام المالك وهو
اقوى من الواقع من احدهما خصوصا مع عدم التمييز فيتجه ذلك مقام الاتلاف عنه فى ابنيها الحادث ما لو باشر التلف فالظاهر
فتحه ما وقع منهما فى ايجاد التلف فى الخارج فما وقع منه التلف هو ايداعهما الا تسليطهما على تلفه ولعل الى ذلك اوما المصنف فى تعليله
ومن فالمراد ذلك وهو الحكم بضمانهما باليد الى ان يحصل من المالك مباشرة تلف٢ والتحاده الا اذا ذكر ثانى الشهيدين من عدم — ۲ او تسبيب اقوى من تفريطها او لعله يختلف باختلاف التميز وغيره ما له مدخلية فى علة التلف٢
ضمانهما باليد لعدم الدليل الذى قد عرفت امكان دعوى القطع بفساده خصوصا فيما ياخذانه بانفسهما من دون علم المالك
برقة ونحوها لما لا يخفى على من له ادنى خبرة بفقه اهل البيت عليهم السلام والله الموفق والعالم واما العبد اذا استودع فاتلف
فالاقرب انه يتبع به بعد العتق وان كان الاستيداع باذن مولاه اذ هى لا تقتضى التزام المولى به الاحق فى كسب العبد لا الاكل
وغيره وان كان بالاطلاع مع عدم كون القبول باذن المولى فعن بعضهم لا شىء للمالك لعدم جهله قبولها وعدم وجوب الحفظ
عليه فهو التضييع للمال من المالك وفيه ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان فيتجه اتباعه به بعد العتق كما عن الكركى والتحرير والتوضيح
كما لو كان القبول باذن المولى ولا رجوع بوجه على المولى حتى بالنسبة الى كسب العبد ان هو من صورة الاتلاف التى قد عرفت لك
الحكم فيها ذلك نعم لو كان تفريطا للعبد من المتوكل ولو منعه من الحفظ فالضمان عليه كما عن بعضهم التصريح به والله العالم
واذا ظهر للمودع امارة الموت وجب الاشهاد بها كما صرح به غير واحد بل لا اجد فيه خلافا بينهم نعم فى عدا ابدال ذلك بالوصية
بها ولعله يريد ذلك من مرتبة الخيار وجه وجوب ذلك فى لزوم الحفظ وحرمة التفريط بها وترك ذلك يقتضى دلالات
العارف بدونه يستحق بارثه جميع ما كان بيده عليه وكذا الديان والوصية بها مع عدم الاشهاد لا يرتفع بذلك ذلك محيص
ح عن ارادة معنى الاشهاد عليها من الوصية بها كالعكس لاجلها عقيب عندنا هو بعد معلومية انتفاء المعنى المعلوم من الوصية
الراجعة الى الثلث نعم قد يتجه التعدد بوجوب ما يرفع ذلك ومع عدمها من تخصيص بالاشهاد وخصائصه هو قد يجب
فى الجملة وذلك الصحيح يتوقف دفع ذلك عليه وان كان تجويز ابيته وبين غيره ومن ذلك يعرفها فى بعض كتب الاصحاب من ظاهر فى
لك وعلى كل حال فمتى اخل بما وجب عليه مما يتوقف عليه الحفظ من ذلك ضمن لكن فى كرة ومنه لا يستلزم الضمان الى ان

الى ان يموت فيتحقق التفريط فى اول زمان ظهر فيه امارات الموت سوء كان ذلك فى ابتداء المرض ام اثنائه ولعله اذن يقتضى
سقوط الضمان بالاشهاد فى اخر الازمنة وان فرط فيما قبلها وهو مناف لما استمر الحكم من ضمان المفرط بتفريطه
وان عاد بعد ذلك الى ما يترتب عليه من الحفظ ودعوى عدم تحقق التفريط الا بترك الاشهاد فى جميع الازمنة الى حضور
۲ عنه — الموت يقتضى عدم الضمان ح فى اول الازمنة بل بالاخيرة الذى تحقق به التفريط وهو خلاف ما ذكره فالمتجه تحقق
الضمان باول ازمنة التفريط وان اشهد بعد ذلك هذا كله مبنى على جواز ابقائها وديعة عنده مع ظن الوفاة والا
فيتعين عليه وجوب الرد على المالك مع الامكان والا فالحاكم والا فعدول المؤمنين ومع فرض التعذر يتجه عليه ح
ويوصى بردها وذلك لاطلاق وجوب رد الامانة الى اهلها والخطابات المطلقة تتضيق بظن الوفاة لعدم الوثوق
ح بزمان امتثالها فيجب والتضيق بالمطالبة لا ينافى التضيق بذلك ودعوى اشتراط اصل الوجوب بالمطالبة الحاق
ادلة التأدية والرد ونحوها مقيدا بمعلومية انفساخ الامانة بموته وصيرورة المال فى يد غيره ولم ياذن المالك الا
بوضعه فى يده ومباشرة حفظه بنفسه فالاشهاد والوصية لا ترفع ذلك بل قد يؤيده ايهام الايجاب الرد عند الشك
ولا ريب فى اولوية المقام منه ولعله لذا حكى عن كره وكثير انها فعلية ذلك او ما يقرب منه لكن قيل لا مرجع عنه بعد
ذلك الى الاكتفاء بالوصية وظنى انه ليس رجوعا بل كان ذلك منه بيانا للاكتفاء فى الجملة ولعله يعضده بعض الاقوال و
بعلم عدم منافاته لما ذكرنا لاطلاق الاصحاب وجوب الاشهاد والحمل على ارادة بيان القضية المهملة للقطع بعدم
ارادة تعين ذلك على كل حال فانك قد عرفت عدم انحصار الطريق فيه وعدم الدليل على وجوبه تعبدا كما هو
واضح بادنى تامل ومنه يعلم ما فى ذلك وغيرها من كتب الاصحاب بل لعل ما فيها لا يخ من تناف فلاحظ وتامل ولم تظهر
امارة الموت بل مات فجاة مثلا لم يكن عليه ضمان قطعا لعدم التفريط خلافا للمحكى عن ايضاح الفخر من الحكم بالضمان لان
الوصية والاشهاد سبب منع الوارث من جحوده وجودها فاذا فاتا ظاهرا انه علم بها وفى نفس الامر ايداع وهذا
كله سبب للحفظ فمتى كذب سبب الحفظ ولا معنى للتفريط الا ذلك وفيه منع كونه مع ذلك سببا عقلا او شرعا او عرفا
وان الوجوب للاشهاد على الوديعة من اول قبضها كى لا يكون مفرطا ضامنا وهو معلوم البطلان والاحتمال اذا لم يكن جاريا
مجرى العادة لا يلتفت اليه كما هو واضح بادنى تامل نعم حيث يخشى عليها التلف على وجه جار مجرى العادة كما اذا ظهر
امارة الموت اتجه ح وجوب الاشهاد والايصاء الذى يكون به حفظ الوديعة من غير فرق بين الوارث والاجنبى ولا
۲ اشهاده — مع بغيره كالايصاء الى فاسق او بلا شاهد٢ او نحو ذلك كما لا عبرة بالايصاء بها بل لا بد من تعيينها ولا سيما كعند عندى
وديعة لفلان او ذكر الجنس وابهم الوصف كما لو قال عندى ثوب لفلان ضرورة عدم حفظها بشىء من ذلك فيتجه
ح ضمانها مع فرض معلوميتها عنده الى الموت وان كيفية اشهاده بها كانت لك ام صح كما لو لم يشهد من غير فرق
مع ذكر الجنس بين ان لا يوجد فى تركته ذلك الجنس او يوجد متعددا او متحدا لحصول التقصير بترك البيان على كل حال
والوجود فى التركة لا يقتضى كونه الوديعة واصالة بقائها لا يقتضى كونها المشخصة كى يكون شريكا مع التعدد و مختصا
۲ بتميزه — به مع الاتحاد وبذلك يظهر لك ما فى ذلك من انه على تقدير التعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميز٢ ولكن تفريطا
يوجب الضمان ثم قال ولا يكون الموصى له شريكا فى الثياب الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئا فى تركته الا وجوه ان
كان ضامنا للحق فيرجع الى المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة البقاء وان حكم بالضمان كما لو مزج بماله ولو وجد
ثوب واحد فالحكم به للمالك وجهان مأخذها اصالة بقاء صحة اثبات بالاقرار وقد يتعصب الى انه مع اتلفه حمل الا
على الموجود لاصالة عدم غيره وان للوجود محكوم به فى كونه ظاهر٢ والحق تفصيل فى التميز اقتضى ضمانها لكونها الموجب

مثلا ولا احتمال ان لا يكون هو الوديعة فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال وترك العمل بظاهر اليد وعلى تقدير عدم الحكم لم يحكم بضمان وديعته قيل لاحتمال تلفها بغير تفريط قبل الموت فلا اثر لها لديه وقيل نعم لاصالة البقاء اذ لا يخفى عليك ما فيه ضرورة عدم صلاحية الاصول للتشخيص على ان الاصالة في الصورة الاخيرة آت في العين التي جزم بالضمان فيها بالجملة فادلتها ظاهرة الدلالة فيقتضي اتلاف كلامهم انه غير محرر لموضوع المسئلة ما ترك الوديعة المعلومة عنده الى حال الموت ولكنه ترك الاشهاد بها اصلا او تركه المخرج لها الوديعة في الجملة فان ذلك لا يقتضي الضمان باصالة بقائها واصالة عدم الاشهاد بها فيكون ح في ضمان كل وديعة ادعى بها على ميت والمتبنى على اصل استيداعه وان احتمل او ادعى التلف بغير تعد ولا تفريط ونحو ذلك بدعوى ان ذلك هو مقتضى اصالة بقائها واصالة عدم الاشهاد فيتحقق ح كونه مفرطا ضامنا وهو كما ترى لا ينبغي صدوره ممن له ادنى مسكة ضرورة توقف اثبات هذه الاصول ذلك على وسائط تقتضي الاصول عدمها على ان التفريط من الامور الوجودية التي لا يمكن اثباتها بالاصول وان تعرض بعض افراده بالعدم ولكنه ليس هو الا تعريض المال للتلف ولو بعدم ضبطها يقتضي حفظها كما هو واضح فالتحقيق ح الحكم بالضمان مع العلم بترك الاشهاد في الوديعة التي هي عنده حال الموت الذي هو التعريض للتلف ونحوه مع قيام احتمال التلف بغير تفريط ولو بعد الاطلاع بها عند قيام امارة الموت بناء على ان الضمان انما يحصل بترك الاشهاد الى حال الموت ويمكن ان يكون عدم ضمانه لاحتمال التلف بغير تفريط لان الاصل البراءة ومثله ما لو اوجد فيه اللقطة فلو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم ولا يمين عليهم الا ان يدعى عليهم العلم كما هو الضابط في الدعوى على نفي فعل الغير ولو كان المراد طالبا الحال اصل الوديعة اما التفريط بترك الاشهاد او لاحتمال تلفها بغير تفريط كما اعترف به في ذلك هنا قال لو اقر الورثة بالوديعة ولكن لم توجد في التركة وادعى المستودع انه قصر في الاشهاد فقال الورثة لعلها تلفت قبل ان ينسب الى التقصير فالقول قولهم عملا بظاهر براءة الذمة وقال ايضا يمكن ان يكون المراد منها ان الورثة وجدوها في التركة حيث لم يشهد عليها ولعلها تلفت قبل حصول ما يوجب الاشهاد فادعى المالك بقاءها وتقصيره في الاشهاد والحكم في المسئلتين واحد وهو صريح فيما ذكرناه من ان عدم الاشهاد مع العلم بوجود اصل الوديعة لا يقتضي الضمان لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط وكيف كان فيجب اعادة الوديعة على المودع او وكيله او وكيله مع المطالبة في اوقات الامكان بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى ما دل من الكتاب والسنة على الامر باداء الامانة الى اهلها والى عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير اذنه والغرض عدمها هنا لانقطاع الاذن بالمطالبة نعم لا ريب في اعتبار الامكان عقلا بل وشرعا ضرورة عدم التكليف اصلا في الاول بل حاله في الثاني لان المانع شرعا كالمانع عقلا اذا فرض رجحان مراعاته على وجوب رد الوديعة بل في ذلك والمراد بالامكان ما يعم الشرعي والعقلي والعادي فلو كان في صلاة واجبة اتمها او مشتغلا بغيرها كاكل من طعام ونحوه صبر حتى يزول او في حمام اتمه او حاجة فالى ان ينقضي الضروري فيها اذا لم تطل وهل يعد الحال منها الطعام والحمام مصلحة او لا فيه وانقطاع المطر غير المانع عذرا وجهان لا يستقرب في كرة العدم مع حكمه في باب الوكالة بانها اعذار في رد العين فينبغي ان يكون هنا او في وهل التاخير ليشهد عليه عذر قيل نعم ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو كان ادعى وقيل لا لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة الى البينة ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالبا وفصل الخصومة تفصيلا حسنا فقالوا ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايداع فله مثله ليدفع عن نفسه التهمة وان لم يكن اشهد عليه عنده لم يكن له ذلك قلت لم اجد فيها من النصوص اعتبار الامكان كي يرجع في صدقه الى العرف ولا العذر حتى يكون الكلام فيه

الا كونه ايضا كذلك وقد عرفت عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير اذنه نعم قد يتعارض من وجوب الدفع بعض الواجبات فيرجع الى الترجيح وربما يرجح رد الوديعة فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلا سنة في مكان مخصوص للفرد على المودع يحبس ماله عليه الى الان ترجيح كل ما سبق تعلقه عليه وربما منع لان السبق لا يقتضي تاخيرا منشاء الخطاب الحال الذي هو مطلق ولا تخصيص بذلك كما انه قد يتوهم ان اطلاق الامر بالتادية يرجع فيه الى المتعارف في رد الوديعة فلا يجب عليه شدة الاسراع بركض ونحوه وان اقترحه عليه المالك وكذا قطع الاكل والحمام والنافلة ونحوها ولعله لذا ونحوه جزم بعض الواجبات العرفية لا العقلية في نفس التادية وبذلك يظهر لك ان الميزان ما ذكرناه لا التوجيه الحصول الامكان والعذر وبعدهما لم يوجد عنوانا في شيء من الادلة ونظهر الثمرة في الضمان وعدمه مع التاخير الجائز له وغير الجائز له وكيف كان يجب الرد ولو كان المودع كافرا للاطلاق الادلة وخصوص خبر الصيقل وغيره من النصوص المستفيضة او المتواترة المامور فيها برد الامانة على صاحبها ولو كان قاتل علي او الحسين او اولاد الانبياء او مجوسيا او شاميا او حروريا المحمول بها بين الاصحاب على ما يحكى عن ابي الصلاح من انه اذا كان المودع حربيا وجب على الودعي ان يحمل ما اودعه الى سلطان الاسلام ورماه بعضهم بالشذوذ لكن ينبغي النظر لمثل الفرض المزبور بعد معلومية جواز تملك مال الحربي وانه فيء للمسلمين وانه كالاموال المباحة وان له التوصل اليه بكل طريق من الربا والسرقة وغيرها انه لا يجوز للودعي تملكه في هذا الحال فيكون ذلك خارجا من الرخصة في تملكه او انه وان جاز له ذلك الا انه يجب عليه رده له وان ملكه عملا بالدليلين معا الا انه لا يخفى صعوبة الالتزام بكل منهما بل قد يتم في دلالة ادلة المقام على مثل ذلك وانما هو مساقه لبيان وجوب رد الوديعة على البر والفاجر والمسلم والكافر الذي يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص في المقام ايضا الدالة على احترام اموال المخالفين معللة بانا معهم في دار هدنة الى ان يظهر صاحب الامر والمراد وجوب رد الوديعة على كل محترم المال في الدنيا للهدنة فيها وان كان كافرا فالمراد وجوب ردها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربي ونحوه ممن جاز تملك ماله او ممن كان للودعي عنده مال غاصب له ما دامت المقاصة من وديعته او نحو ذلك مما تطابقت عليه الادلة على جوازه ولا اقل من التعارض في الادلة من وجه ولا ريب في رجحان ادلة المقاصة وادلة حلية مال الكافر الحربي مثلا خصوصا بعد ظهور التعليل في بعض ادلة المقام بانا معهم في دار هدنة في محترم المال ويمكن حمل ما هنا على الكراهة من حيث الامتنان بخلاف تلك الادلة بل قد يستفاد رد المال على الحربي بكونه حكما بانه فيء للمسلمين وملك لهم ولعله لذا سمعت الرجوع فيه الى سلطان العدل لابي الصلاح وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كله انه ان لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربي وحتى من عليه حق المقاصة ونحوهم امكن المناقشة فيه بما عرفت ثم جيد ٢ علم
والله العالم نعم لا اثم في وجوب الرد عليه لم يكن كذلك الان يكون المودع غاصبا لها فانه لا يجب بل لا يجوز رده عليه لعدم الوديعة شرعا بل يمنع منها ولو مات مطلبها وارثه وجب الانكار ربع تقديما للحفظ ويجب اعادتها على المغصوب منه ان عرف وان جهل عرفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن المتصدق ان كره صاحبها لخبر حفص ابن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر سئلت ابا عبد الله عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم فهل يرده عليه قال لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له خلافا للحلي والحكي فاوجبا ردها الى امام المسلمين ومع التعذر يبقى امانة ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق وعن ابن الجنيد وابن ادريس ولعل انه قواه لانه احوط ولضعف الخبر الذي قد عرفت انجباره وللعفو بما ذكرنا فاوجبا اخراج الخمس قبل التصدق لم